Heft 29 [2025] 64. Jahrgang 20. Juli 1935

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Hawlitzky**, Forst i. L.; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin; **Dr. Emil Schwartz**, Prenzlau, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48, Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich

Von Rechtsanwalt Reuß, Dozent der Verwaltungsakademie Berlin

Das Schicksal der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich steht heute im Mittelpunkt des allgemeinen Interesses.

Immer wieder wird die Frage erörtert, ob der Fortbestand der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit den Strukturprinzipien des neuen Verfassungsrechts, insbesondere mit dem Führergedanken, vereinbar sei. Es wird der Zweifel laut, daß die gesamte Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit doch wohl ihrem institutionellen Sinne nach dem liberalistischen Geiste verhaftet sei und auf dem überwundenen Gedanken eines Dualismus zwischen freier Einzelperson und Staat beruhe.

Man muß es als das Verdienst dieser Erörterung[1]) bezeichnen, die grundsätzliche Seite der Frage aufgezeigt, zugleich aber die erhobenen Bedenken überwunden und die Notwendigkeit des Fortbestandes der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus dem Ideengut der neuen Zeit dargetan zu haben.

Es ist eine offensichtliche Verkennung des Führergedankens, wenn man glaubt, aus ihm ein Argument gegen die Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit herleiten zu können. Das Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft und des Volkes zum Staat wird in einem Führerstaat keineswegs durch etatistisches Denken bestimmt. „Der Nationalsozialismus rückt bewußt in den Mittelpunkt seines ganzen Denkens: das Volk[2])." Es ist nicht inhaltsleer, sondern substanzhaft gemeint, wenn die Führer der Bewegung immer wieder betonen, daß der Nationalsozialismus auf der „völkischen" Weltanschauung beruhe. Nicht umsonst hat Adolf Hitler[3]) „unser Volkstum und die in ihm gegebenen Kräfte und Werte" als die „ewigen Fundamente unseres Lebens" bezeichnet. Die nationalsozialistische Idee stellt eine Rangordnung menschlicher Gemeinschaftswerte auf. „Den höchsten Rang in ihr nimmt das Volkstum ein[4])." Im Gegensatz zu diesem am Volkstum orientierten Denken kreist das etatistische Denken um den Staat. Ihn erfaßt es aber nicht in seiner substanzhaften Fülle als die „Gestalt des politischen Volkes"[5]), als den „lebendigen Organismus des Volkstums"[6]), sondern als ein Instrument der sozialen Technik, das es in ästhetischer Bewunderung zu einem Höchstwert des Lebens hypostasiert. Das etatistische Denken erweist sich so als ein Ausschnitt aus dem Weltbild des technischen Zeitalters, dem die Übersteigerung des Wertes technischer Errungenschaften eigentümlich war. Der Staat als bürokratische „Maschine", als präziser Befehls-„Mechanismus" war zu einem eigenen Erlebniswert geworden. Gegen diese Auffassung wendet sich das Wort Adolf Hitlers[7]), daß der Staat in diesem Sinne nur „Mittel zum Zweck" sei. Der Nationalsozialismus unterscheidet also scharf zwischen dem Staat im engeren Sinne, dem staatlichen Behörden- und Ämterwesen, das nur „Mittel zum Zweck", also eine „dem Volkstum dienende Organisation"[8]) ist, und dem Staat im weiteren Sinne, der mit der Totalität des politischen Volkes identisch[9]), dessen lebenbedingende und gestaltwirkende Form, also der „lebendige Organismus des Volkstums" ist.

Diese Erkenntnis ist für das Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit von grundlegender Bedeutung. Immer wieder kann man der Auffassung begegnen, daß es der hohen Bewertung des Staates durch den Nationalsozialismus widerspreche, wenn man es dem einzelnen gestatten wolle, behördliche Maßnahmen zum Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung zu machen. Angeblich versinke der einzelne nach nationalsozialistischer Auffassung gegenüber der Majestät des Staates in ein absolutes Nichts, so daß der bloße Gedanke, ihm gegenüber behördlichen Akten ein Recht auf gerichtliche Nachprüfung zu geben, als prinzipwidrig gelten müsse. Diese Argumentation beruht auf einem augenscheinlichen Trugschluß. Sie umkleidet den Staat im engeren Sinne, der nach Hitlers

[1]) Vgl. Knauth: DJZ. 1934, 1119 ff.; Weidemann: Verwaltungs-Akademie Bd. II Nr. 24 S. 13/14; Fabricius: Akademie für Deutsches Recht 1935, 46 ff.; Maunz, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts; vers.: ZStaatsW. 95, 311 ff.; Schelcher: RVerwBl. 1935, 209/10; Georg Schmidt: RVerwBl. 1935, 405 ff.; Koellreutter, Grundriß der Allg. Staatslehre S. 252 ff.; Tartarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht S. 160 ff.; neuestens vor allem grundlegend Stuckart: Deutsche Verwaltung 1935, 161 ff.

[2]) Adolf Hitler auf dem Erntedankfest am 1. Okt. 1933.

[3]) Staatsakt in der Garnisonkirche Potsdam 1933.

[4]) Kier: NS.-Handbuch f. Recht und Gesetzgebung S. 19.

[5]) Huber: ZStaatsW. 95, 28 ff.

[6]) Adolf Hitler, Mein Kampf S. 434.

[7]) Adolf Hitler, Mein Kampf S. 433.

[8]) Kier a. a. O.

[9]) Reuß: JW. 1934, 2962; vers.: JW. 1935, 688.

Wort nur „Mittel zum Zweck" ist, mit der ganzen Weihe und Würde, die nach nationalsozialistischer Anschauung dem Staat im weiteren Sinne als dem „lebendigen Organismus des Volkstums" gebührt. Es handelt sich also bei diesem Argument um eine offensichtliche Nachwirkung des etatistischen Denkens, das sich zu Unrecht mit nationalsozialistischen Gedanken drapiert. Selbstverständlich folgt aus der Gliedstellung des einzelnen im Volkstum, daß sich der einzelne nach nationalsozialistischer Auffassung nicht gegen die Volksgemeinschaft, also nicht gegen den Staat im weiteren Sinne als den „lebendigen Organismus des Volkstums" stellen darf; das wäre Volksverrat im ernstesten Sinne des Wortes. Dieser Gedankengang trifft jedoch nicht mehr zu, wenn man dem Begriff des Staates im weiteren Sinn sein spezifisches Substrat nimmt und es gegen das Substrat des Staatsbegriffes im engeren Sinn auswechselt. Eine solche Manipulation stellt sich als eine etatistische Verfälschung der nationalsozialistischen Staatsauffassung dar. Dieser Auffassung widerspricht es durchaus, daß jeder Pope im Dorf ein kleiner Zar von Rußland wird! Deshalb ist es völlig abwegig, wenn uns die Epigonen des Etatismus glauben machen wollen, daß die Würde des nationalsozialistischen Staates gewissermaßen am Rockärmel jedes Polizisten hänge und es deshalb eine Gefährdung dieser Würde sei, wenn man dem einzelnen gestatten wolle, etwa von einer polizeilichen Verfügung zu behaupten, daß sie rechtswidrig und darum verwaltungsgerichtlich aufzuheben sei.

Der Nationalsozialismus denkt weder etatistisch noch utopisch, sondern real. Deshalb rechnet er auch mit den Mängeln alles Irdischen. Bei allem Vertrauen zu den Behörden vergißt er nicht, daß diese „von Menschen geleitet werden, die nicht unfehlbar, sondern rechtlichen Irrtümern unterworfen sind"[10]. Zutreffend sagt Fabricius[11]: „Nationalsozialistische Verwaltungspolitik muß mit der menschlichen Unvollkommenheit rechnen und sich sagen, daß es immer Menschen geben wird, die sich durch die im Führergedanken beschlossene Macht- und Autoritätsfülle zum Mißbrauch der Macht und zur Willkür verleiten lassen. Hiergegen gilt es Vorsorge zu treffen." In dieser Hinsicht ist man sich allseits einig; „Irrungen und Mißgriffe oder Fehlentscheidungen kommen überall vor. Das bedingt die menschliche Unzulänglichkeit. Deshalb wird es auch in einer nach nationalsozialistischen Grundsätzen geordneten und in nationalsozialistischem Geiste geführten Verwaltung Rechtsmittel ohne Rücksicht darauf geben müssen, ob, wieweit und in welchem Sinne man subjektive öffentliche Rechte anerkennt"[12]. So führt die Grundeinstellung des Nationalsozialismus, für den nicht der Staat (im engeren Sinne), sondern das Volk die entscheidende Größe ist, zu einer Inschutznahme des Volkes gegenüber den Fährnissen und menschlichen Unzulänglichkeiten des staatlichen Verwaltungsapparates. Allerdings ist diese Inschutznahme des Volkes nicht eine Parteinahme für das Individuum, sondern eine Garantie für die gedeihliche Entwicklung der Gesamtheit. Der Nationalsozialismus will keinen Staat der Marionetten, sondern der Persönlichkeiten! Das Persönlichkeitsideal im Dritten Reich ist allerdings grundverschieden von jenem Bilde der Persönlichkeit, das weltbürgerlich gerichtete Literaten in ihrem Herzen tragen. Die Persönlichkeit im Dritten Reich weiß sich ihrem Volkstum nicht nur biologisch zugehörig, sondern auch sittlich verpflichtet. Ihre Bindung an das Volkstum ist eine Bindung an die „Substanz ihres eigenen Seins"[13]. Aber gerade diese Bindung und dieses Verantwortungsbewußtsein setzt die Zubilligung eines persönlichen Lebensspielraums voraus, der als sittliche Lebensluft für die Entfaltung wahrer Persönlichkeit unentbehrlich ist (vgl. Forsthoff, Der totale Staat, S. 42). Dieser persönliche Lebensspielraum ist mit der Autorität des Führerstaates durchaus verträglich, da er nur „im Rahmen der Weltanschauung"[13a]) gewährt wird. Aus dieser Einstellung stammen auch die beachtlichen Vorschläge Tartarin-Tarnheydens[14]), durch eine rechtliche Gewährleistung „nationaler persönlicher Rechtsgüter" eine „Garantie dessen zu schaffen, was ein persönliches Ethos erst ermöglicht". Aus dieser Einstellung heraus hat auch RMin. Dr. Frank noch jüngst in Königsberg[15]) „die Freiheit der Anwaltschaft, dem Recht des einzelnen gegenüber einer Machtstellung zu dienen, als einen Bestandteil der Gemeinschaftskultur dieser Zeit" bezeichnet. Mit Recht hat er (a. a. O.) erklärt, die Rechtssicherheit sei „die erste große Voraussetzung des Staatsaufbaues und der Inbegriff dessen, was den einzelnen Bürger im Volksganzen bewegt. Dieser will ja sein Leben aufbauen, sein eigenes Glück zimmern, will für seine Familie arbeiten und will in dieser ersten Zelle der völkischen Gemeinschaft den Schutz des Staates und seines Rechtes haben. Es ist ältestes germanisches Gut, daß in dieser Sphäre des einzelnen die Rechtssicherheit zu Hause ist". Man sollte sich also hüten, jedes individuelle Recht für individualistisch und den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts für eine rein liberalistische Denkfigur zu erklären. Auch die Zubilligung von Rechten ist ein Mittel der sozialen Verpflichtung und der Indienststellung für die Gemeinschaft. Man wird daher Huber[16]) zustimmen, wenn er erklärt: „Daher sind Grundrechte im Sinne von ‚Grundformen der Volksordnung' mit dem totalen Staat durchaus vereinbar." Es läßt sich sogar behaupten, daß Grundrechte in diesem Sinne erst die Voraussetzung einer echten Gemeinschaft darstellen. „Dieser Grundrechtsbegriff entspringt der juristischen Erkenntnis, daß überhaupt keine menschliche Gemeinschaft ohne echte Grundrechte, d. h. ohne spezifische, gemeinschaftswesentliche Rechtspositionen der Mitglieder bestehen kann. Es sind daher nicht alle Grundrechte notwendig gleicher Struktur, wie die individualistischen Grundrechte der liberalen Verfassungen[17])."

Da der Nationalsozialismus das Volkstum nicht nur als eine vegetativ-biologische Einheit, sondern als einen Kosmos kultureller Werte erhalten und fördern will, muß er folgerichtigerweise innerhalb der Volksordnung jene Auflockerung und Auflichtung bejahen, ohne die der einzelne als Teilträger dieser völkischen Kulturwerte verkümmern und damit auch die Mission des gesamten Volkstums unerfüllbar würde. So läßt sich die Stellung des Nationalsozialismus zu dem Verhältnis zwischen einzelnem und Gemeinschaft an einem Bilde verdeutlichen: Verkümmert der Baum, weil er im Walde steht? Oder nimmt er nicht vielmehr gerade deshalb teil an der Majestät dieses Gottesdomes der Natur? Wird aber der kluge Forstmann nicht auch dem einzelnen Baum Licht, Luft und Lebensraum gönnen, — nicht um des Baumes, nein, um des Waldes willen?

Nur diese grundsätzliche Besinnung schafft einen sicheren Ausgangspunkt für die Behandlung aller Probleme, die sich aus dem Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft und des Volkes zum Staat ergeben. In diesen Problemkreis gehört aber die hier erörterte Frage.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich kann also nicht als eine primär dem einzelnen und seinen Interessen dienende Einrichtung, sondern nur als „Hüter der objektiven Ordnung"[18]) betrachtet werden. Diese von Staatssekretär Dr. Stuckart geprägte Formulierung dürfte die veränderte Blickrichtung der neuen Zeit mit anschaulicher Prägnanz zum Ausdruck bringen. Ihm ist durchaus zuzustimmen, wenn er trotz Anerkennung subjektiver öffentlicher Rechte erklärt, daß es nicht die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit sein könne, zum Schutze dieser Rechte tätig zu sein. „Die unmittelbare Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Sicherung und der Schutz der nationalsozialistischen Volksordnung als solcher, insofern und insoweit durch einen Verwaltungs-

[10]) Raeke: JW. 1935, 242.

[11]) a. a. O. S. 48.

[12]) Knauth a. a. O. S. 1120.

[13]) Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart S. 165.

[13a]) Adolf Hitler auf dem Deutschen Juristentag in Leipzig mit Bezug auf die richterliche Unabhängigkeit.

[14]) a. a. O. S. 153.

[15]) JW. 1935, 1756/57.

[16]) ArchÖffR. NF. 24, 250.

[17]) Carl Schmitt, Nationalsozialismus und Völkerrecht S. 7.

[18]) Stuckart: Deutsche Verwaltung 1935, 163.

akt infolge der Beeinträchtigung der Belange einzelner zugleich die Volksordnung gestört ist. Nur in diesem Rahmen findet die Sicherung individueller Ansprüche statt. Es ist also nicht Rechtsschutz zu gewähren, weil die Interessen des einzelnen verletzt sind, sondern weil die Verletzung der Privatinteressen zur Störung der allgemeinen Volksordnung führt. Um des Ganzen willen aber hat der Staat ein Interesse daran, daß die Einzelzelle in Ordnung ist, d. h. daß die Belange des einzelnen nicht zum Schaden der Gesamtheit beeinträchtigt werden[19])." Sinn und Zweck des Verwaltungsrechtsschutzes ist „nicht Sicherung des einzelnen, sondern Sicherung und Gestaltung der Lebensordnung der Gemeinschaft"[19]). Diese Ausführung liegt ganz in der Linie der Forderung des RMin. Dr. Frank, „das Recht vom Volke aus aufzubauen"[20]) und zeigt, daß sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit nationalsozialistischem Geist voll und ganz vereinbaren läßt. Dies war auch die einmütige Meinung der Teilnehmer an der Gaufachberatertagung Verwaltungsjuristen, die am 29. und 30. Juni d. J. unter dem Vorsitz des Reichsfachgruppenleiters Verwaltungsjuristen Staatssekretärs Dr. Stuckart im Hause der Deutschen Rechtsfront in Berlin stattgefunden hat. Auf ihr war der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein besonderes Referat des zuständigen Referenten im Reichsinnenministerium, des Ministerialrats Dr. Dankwerts, gewidmet, der sich mit überzeugenden Gründen fur ihre Beibehaltung aussprach und sie als „eine besonders wirksame Art der Dezentralisation" bezeichnete, die „gerade im Interesse der Volksgemeinschaft nahezu unentbehrlich" sei. Auch die Aussprache, die im Anschluß an dieses Referat in diesem besonders sachkundigen Gremium stattfand, zeigte, daß die Frage der Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in positivem Sinne entschieden ist; besonders erfreulich war es, daß einer der Teilnehmer den aus dem Führergedanken hergeleiteten Scheineinwand gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Bemerkung zurückwies, daß den Vertretern dieser abwegigen Ansicht offenbar eine Verwechselung des Führergrundsatzes, der auf der Mitarbeit des Volkes aufbaue, mit dem Präfektursystem romanischer Prägung unterlaufe. Mit vollem Recht wurde betont, daß ein Führerstaat auf dem Vertrauen des Volkes beruhe, und daß dieses Vertrauen des Volkes die Beibehaltung der Verwaltungsgerichte verlange. Man braucht sich bei dieser Feststellung nur des Wortes des Führers zu erinnern, daß Führertum auf dem freien und guten Willen der Geführten beruhe. Dieses Band des Vertrauens, das Führer und Volk umschlingt, würde gelockert, wenn das Volk aus der Abschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit folgern würde, daß der Staat kein reines Gewissen besitze und sich deshalb einer rechtlichen Nachprüfung seiner Maßnahmen entziehen wolle.

Daß sich aus dem Führergedanken kein ernsthafter Einwand gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit herleiten läßt, ergibt die einfache Erwägung, daß die Verwaltungsgerichte doch ebenso wie die Behörden der aktiven Verwaltung kraft einer Delegation des Führers tätig werden und gerade die besondere Aufgabe haben, die richtige Innehaltung der Direktiven des Führers durch die Verwaltungsbehörden zu überwachen. Die Verwaltungsgerichte sind also zu dem besonderen Zweck berufen, darauf bedacht zu sein, daß der Wille des Führers rein und absichtsgemäß verwirklicht und nicht im Drange der alltäglichen Verwaltungsgeschäfte mißdeutet und mißachtet wird.

Es läßt sich jedoch mit gutem Grund behaupten, daß der Führergrundsatz der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nur nicht im Wege steht, sondern diese sogar erfordert. Da „bei jedem Verwaltungsakt und bei jeder Rechtsanwendung Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung der Rechtsvorschriften, die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsaktes und den erstrebten Zweck möglich" sind und „ungewollte Fehlentscheidungen und Mißgriffe sich nie ganz vermeiden lassen, auch nicht bei bester Ordnung der Staatsverwaltung und hervorragendsten Verwaltungsbeamten"[21]), muß der Gefahr, die sich aus der Verschiedenheit der Verwaltungshandhabung für die Verwaltungseinheit, für die Rechtssicherheit und damit für die Resonnanz im Volke ergibt, unbedingt vorgebeugt werden. Wenn diese Aufgabe den Aufsichtsbehörden, die ja selbst laufende Verwaltungsgeschäfte zu erledigen haben, und letztlich den Zentralinstanzen aufgebürdet würde, so „würden letzten Endes die Zentralbehörden, d. h. die Reichsministerien, deren eigentlichste Aufgabe die Führungsentscheidungen sind, in einer unerträglichen Weise mit dieser Nachprüfungstätigkeit belastet"[22]). So liegt also die Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nur im Interesse des Führergedankens, sondern auch ganz allgemein im Interesse der aktiven Verwaltungsbehörden. Diese stehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit keineswegs ablehnend gegenüber. Sie schätzen vielmehr die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte. Nicht nur, weil deren bloßes Dasein das Vertrauen des Volkes in die Lauterkeit der Verwaltungsführung hebt, sondern auch deshalb, weil die Vielzahl der täglichen Verwaltungsaufgaben oft genug vom aktiven Verwaltungsbeamten verlangt, daß er den gordischen Knoten bestehender Zweifel, den er im Drange der Geschäfte nicht lösen kann, einfach zerhaut; deshalb begrüßt es der Verwaltungspraktiker, daß ihm die Verwaltungsgerichte die Aufgabe sorgfältigen Meditierens abnehmen und ihm für die künftige Verwaltungsführung das reife Ergebnis ihrer Überlegungen als praktische Verwaltungsmaximen zur Verfügung stellen[23]). Es gibt gar keinen Zweifel darüber, daß die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden seit Bestehen der Verwaltungsgerichte unausgesetzt durch deren Rechtsprechung befruchtet worden ist. „Die rechtsbildende und rechtsvertiefende Tätigkeit der Verwaltungsgerichte"[24]) ist sogar ein besonderes Ruhmesblatt in der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Viele Bestimmungen des Verwaltungsrechts sind für die unmittelbare Verwaltungspraxis wegen ihrer allgemeinen und weiten Fassung geradezu unanwendbar. Sie liegen auf dem Gebiete des Rechts wie erratische Blöcke oder ungefügige Findlinge umher. Sie behauen und für die alltägliche Praxis verwendbar gemacht zu haben, ist das Verdienst der Verwaltungsgerichte. Auch sonst kann die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, insbesondere die des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, für sich das Verdienst in Anspruch nehmen, im Gegensatz zur Rechtsprechung der Zivilgerichte, insbesondere des Reichsgerichts, schon in der Vergangenheit nicht abstrakt-normativistisch gewesen, sondern durch die innere Anschauung wirklicher Rechtsgebilde inspiriert worden zu sein. Es kann überhaupt als ein kennzeichnendes Merkmal der Verwaltungsrechtspflege angesprochen werden, daß sie stets in weit höherem Maße als die Zivilgerichtsbarkeit lebensnah und wirklichkeitsverbunden gewesen ist. Sie schöpfte schon von jeher ihre Einsichten und Erkenntnisse nicht aus rein kritischer Analyse von Gesetzesworten, sondern aus der Klarstellung der mit den Rechtsgebilden selbst gegebenen Ordnung. Darauf beruht auch das wirkliche Schöpfertum und die tiefe Fruchtbarkeit der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, das für eine Fülle gesetzlich nicht oder nur lückenhaft geregelter Lebensgebiete, z. B. für das erst jüngst kodifizierte Gebiet des Polizeirechts, des Wegerechts usw. wertvolle — auf Rechtstatsachen- und Rechtsgebildeforschung beruhende — Klarstellungen gebracht hat. Diese Überlegenheit, insbesondere der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, i. S. der neuen Anforderungen an das rechtswissenschaftliche Denken[25]) beruht auf einer Reihe prinzipiell beachtlicher Gründe. Zunächst fehlte der Verwaltungsgerichtsbarkeit angesichts der offensichtlichen Lückenhaftigkeit positiver Gesetzesregeln auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts der positivistische Irrglaube an die lückenlose Geschlossenheit des normativ verstandenen Rechtssystems. Gerade dieser Irrglaube aber hat in der Zivilrechtspflege jene unfruchtbare

[19]) Stuckart a. a. O. S. 162/63.
[20]) NS.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, Einleitung S. XIII/XIV.
[21]) Stuckart a. a. O. S. 161.
[22]) Stuckart a. a. O. S. 162.
[23]) Stuckart a. a. O. S. 162; Weidemann a. a. O. S. 14.
[24]) Weidemann a. a. O. S. 14.
[25]) Carl Schmitt, Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens.

intellektuelle Artistik großgezüchtet, die der Verwaltungsrechtspflege zu ihrem Vorteil fremd geblieben ist. Die Spärlichkeit positiver Bestimmungen im Bereich des Verwaltungsrechts zwang die Verwaltungsgerichtsbarkeit vielmehr dazu, nicht alles Heil von einer introvertiert-positivistischen Rechtsbetrachtung zu erwarten, sondern zum schöpferischen Quell aller Erkenntnis, nämlich zu den naturhaft gegebenen oder geschichtlich gewachsenen Daseinsformen des völkischen Lebens, hinabzusteigen. Zu einer solchen Hinwendung zum Leben selbst war die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch aus personellen Gründen besonders befähigt, da die Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit fast sämtlich durch die Schule der aktiven Verwaltung gegangen sind und mit Hilfe der so gewonnenen lebendigen Anschauung leichter imstande sind, sich „zu den Müttern" heimzufinden.

Man sieht: die Einrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit rechtfertigt sich ebenso aus grundsätzlichen wie aus verwaltungstechnischen und geschichtlichen Erwägungen. Sie ist eine bewährte Institution. Niemand, dem an einem guten Einvernehmen zwischen dem Volk und den Behörden liegt, wird diesen „Harmonisator der Dissonanzen" missen wollen. Er ist ein Faktor des Vertrauens, der gerade im Führerstaat nicht entbehrt werden kann.

So muß also die Frage nach der Beibehaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als entschieden gelten. Es kann sich nur noch um die Frage ihres Umfangs und ihrer näheren Ausgestaltung handeln[26]). Zunächst kann festgestellt werden, daß man sich über den Ausschluß verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung politischer Entscheidungen einig ist[27]). Unklar ist nur, wie dieser Grundsatz verwirklicht werden soll. Die ersten Schwierigkeiten setzen schon bei der Umreißung des Begriffs des „Politischen" ein. Da neuerdings eine starke Neigung besteht, das gesamte Verwaltungsrecht durchgängig für „politisches Recht" zu erklären[28]), dürfte es sich hier im wesentlichen um die Bestimmung des Intensitätsgrades handeln[29]). Wer soll bestimmen, ob die politischen Erwägungen bei Erlaß eines konkreten Verwaltungsaktes einen solchen Intensitätsgrad besaßen, daß eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung auszuschließen ist? Es dürfte ein Gebot der Konsequenz sein, hierüber nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die Verwaltungsbehörden entscheiden zu lassen. Da nämlich „gerade die Entscheidung darüber, ob eine Angelegenheit oder ein Sachgebiet politisch oder unpolitisch ist, in spezifischer Weise eine politische Entscheidung darstellt"[30]), der Grundgedanke aber doch gerade dahin geht, die Verwaltungsgerichte keine politischen Entscheidungen fällen zu lassen, bleibt nur übrig, die Entscheidung über den Grad der politischen Imprägnierung eines Verwaltungsaktes den Verwaltungsbehörden zuzuweisen. Man würde nicht dasselbe Ergebnis erzielen, wenn man etwa sagen wollte, die Verwaltungsgerichte sollten auf die Nachprüfung von Rechtsfragen beschränkt sein. Politische Fragen und Rechtsfragen sind nämlich keine unbedingten Gegensätze, vielmehr sind die meisten in der Verwaltungspraxis auftauchenden Fragen, deren politischer Charakter zutage liegt, zugleich auch Rechtsfragen. Es kann sich also nur darum handeln, welche Fragen, obwohl sie Rechtsfragen sind, deshalb, weil sie zugleich im eminenten Sinne politische Fragen sind, aus Gründen der Staatsräson der gerichtlichen Nachprüfung entzogen werden sollen. Die Lösung dieser Schwierigkeit wird sich nur im Wege einer Stellungnahme zum konkreten Fall vollziehen können. Diese Stellungnahme muß aus dem dargelegten Grunde den Verwaltungsbehörden überlassen bleiben. Doch muß hier dafür Vorsorge getroffen werden, daß sich die Verwaltungsbehörden nicht durch eine allzu schematische, formularmäßige Handhabung gegen jede mißliebige verwaltungsgerichtliche Nachprüfung immun machen. Überhaupt muß die Behörde, deren Verfügung im konkreten Falle in Frage steht, nicht selbst bindend darüber befinden dürfen, ob überwiegende politische Gründe den Erlaß der Verfügung veranlaßt haben. Das würde erhebliche Mißstände im Gefolge haben. Es würden sicher alsbald Formulare in Übung kommen, in denen bereits vorgedruckt wäre: „Diese Verfügung ist aus überwiegenden politischen Gründen ergangen; ein Rechtsbehelf findet daher gegen sie nicht statt." Schon aus Gründen der Bequemlichkeit würde dieser Satz meist nicht durchstrichen werden, und es wäre der Anfang zu einer generellen Rechtsverweigerung in Verwaltungssachen gemacht. Man könnte daher eher daran denken, daß erst auf erfolgte Anfechtung des Verwaltungsaktes hin die jeweilige Aufsichtsbehörde dem Verwaltungsgericht bindend erklären dürfte, der angefochtene Verwaltungsakt sei politischer Natur, so daß also seine verwaltungsgerichtliche Überprüfung inhibiert wäre. Ich stimme aber Knauth zu, wenn er meint, es sei die einzige erträgliche Lösung, daß die zuständige Zentralbehörde die Frage bindend entscheide[31]). Man muß nämlich davon ausgehen, daß sicher ohnehin der Verwaltungsrechtsweg nur nach Maßgabe des Enumerationsprinzips offen stehen wird. Wenn also der Gesetzgeber einen bestimmten Typus von Verwaltungsakt der Anfechtbarkeit im Verwaltungsgerichtsverfahren unterwirft, so muß es eine streng zu handhabende Ausnahme bleiben, daß ein konkreter Verwaltungsakt, der diesem Typus unterfällt, gleichwohl unanfechtbar bleibt. Dann müssen gewichtige Gründe vorliegen, die der Zentralbehörde im Einzelfall zu unterbreiten und von dieser zu prüfen sind. Auf diese Weise wird dem grundsätzlichen Erfordernis, ausgesprochen politische Verwaltungsmaßnahmen der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung zu entziehen, Rechnung getragen, aber doch zugleich der Gefahr vorgebeugt, daß die Statuierung dieser Möglichkeit im Wege der Verwaltungsübung zu einer allgemeinen Verweigerung des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen wird.

Auf die übrigen Fragen, insbesondere auf das Problem der Organisation der Verwaltungsgerichtsbehörden — eine oder zwei Instanzen, Tatsachen und Revisions- oder zwei Tatsacheninstanzen, Beteiligung von Laien, Angliederung der Verwaltungsgerichtsbehörden an die Verwaltungsbehörden usw. — soll hier nicht eingegangen werden.

[26]) So auch der Standpunkt Stuckarts a. a. O.; ebenso Weidemann a. a. O., Knauth a. a. O., Fabricius a. a. O. u. a.

[27]) Statt aller: Stuckart a. a. O. und Knauth a. a. O.

[28]) Maunz a. a. O.; Köttgen: RVerwBl. 1935, 66.

[29]) Stuckart a. a. O. S. 161; Heckel, Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts S. 15.

[30]) Carl Schmitt, Staat, Bewegung, Volk S. 17.

[31]) a. a. O. S. 1123 Anm. 1.

Bürgerlich-rechtliche Wirkungen der Deutschen Gemeindeordnung

Von Rechtsanwalt Herbert Schneider, Karlsruhe i. Bad.

Die verfassungsmäßige Neugestaltung des Gemeinderechtes bewirkt auch wesentliche Änderungen in der Vertretung der Gemeinde nach außen.

I. Nach bisherigem Recht war die Vertretung der Gemeinden in den einzelnen Landesteilen unterschiedlich geregelt. Die Vertretungsmacht kam verschiedenen Organen in verschiedenem Umfang zu. Zudem war nach mehreren Gemeinde- und Städteordnungen die Vertretung nach der Rechtsprechung des RG. an besondere Formen gebunden[1]), wenn

[1]) So § 88 Ziff. 7 II PrLGemO. f. d. östl. Prov.; § 56 Ziff. 8 StädteO. f. d. östl. Prov. (dazu RGZ. 122, 177 = JW. 1929, 1132); § 60 Ziff. 7 StädteO. f. Schlesw.-Holst.; § 56 Ziff. 8 Westf. StädteO.; § 60 Ziff. 8 StädteO. f. Hessen-Nassau u. a.; dazu RGZ. 139, 63 = JW. 1933, 1526, wo die bisherige Rechtsprechung aufgeführt ist.

es sich um Erklärungen handelte, durch die die Gemeinde verpflichtet werden sollte.

In anderen Landesteilen waren Verpflichtungserklärungen des Bürgermeisters, wie andere Willenserklärungen, sofern nicht nach bürgerlichem Recht eine besondere Form vorgeschrieben war, formfrei gültig[2]). Mochte auch der Bürgermeister nach außen seine Befugnisse weit überschritten haben, so konnte er zwar im Innenverhältnis verantwortlich sein, auf den Umfang seiner Vertretungsmacht nach außen war dies ohne Einfluß.

Die neue Deutsche Gemeindeordnung (DGemO.) hat dem bisherigen trostlosen Wirrwar ein Ende gemacht und ohne Rücksicht auf die Größe der Gemeinde eine einheitliche Regelung eingeführt. Dem Führerprinzip entsprechend ist der Bürgermeister grundsätzlich einziges Vertretungsorgan der Gemeinde. Nur in zwei Fällen muß, weil eine Vertretung durch den Bürgermeister nicht möglich, die Vertretung der Gemeinde in anderer Weise erfolgen:

1. Bei Verträgen mit dem Bürgermeister. In diesem Falle erfolgt ihre Vertretung durch den Stellvertreter des Bürgermeisters. Die Zustimmung der Aufsichtsbehörde zu diesem Vertrag ist erforderlich (§ 115 Abs. 2 DGemO.).

2. Zur Geltendmachung von Ansprüchen der Gemeinde gegen den Bürgermeister. Hier ist die Aufsichtsbehörde als Vertreterin zuständig (§ 115 Abs. 1 DGemO.).

Allgemeiner Stellvertreter des Bürgermeisters ist für die Dauer seiner Amtszeit der erste Beigeordnete, der in den Städten die Amtsbezeichnung „Bürgermeister" führt (§ 35 Abs. 1 DGemO.). Der Bürgermeister kann ihm also die allgemeine Vertretung nicht im Wege der Geschäftsverteilung entziehen. Die Vertretungsmacht des ersten Beigeordneten ist unabhängig davon, ob der Bürgermeister an der Vertretung verhindert ist. Er hat vielmehr die Macht, in jedem Fall Rechtsgeschäfte für die Gemeinde abzuschließen[3]), selbst wenn der Bürgermeister mit der Ausübung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis durch den allgemeinen Vertreter nicht einverstanden ist; denn eine Bestimmung des Bürgermeisters, inwieweit der allgemeine Vertreter von seiner Vertretungsbefugnis Gebrauch machen darf, würde nur das Innenverhältnis betreffen, also die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte nach außen nicht berühren[4]). Wer mit dem ersten Beigeordneten einer Gemeinde Rechtsgeschäfte schließt, darf sich darauf verlassen, daß das Geschäft wirksam ist.

Die übrigen Beigeordneten sind zur Vertretung des Bürgermeisters allgemein nur berufen, wenn der erste Beigeordnete verhindert ist.

Neben der allgemeinen Vertretung des Bürgermeisters durch den ersten Beigeordneten gibt es eine besondere Vertretung durch die Beigeordneten in ihren Arbeitsgebieten (§ 35 Abs. 2 DGemO.). Da es sich um eine durch Gesetz angeordnete Vertretung handelt, könnte der Bürgermeister diese Vertretungsmacht der Beigeordneten nur durch andere Geschäftsverteilung (§ 37), nicht aber durch Beschränkung der Vertretungsbefugnis einengen. Schließlich kann der Bürgermeister auch andere Beamte und Angestellte in bestimmten Angelegenheiten mit seiner Vertretung beauftragen (§ 35 Abs. 2), wozu es einer besonderen Form des Auftrags nicht bedarf. Der Umfang der Vertretungsmacht wird durch die Weisung des Bürgermeisters bestimmt.

Willenserklärungen namens der Gemeinde, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll[5]), sind nach § 36 Abs. 2 DGemO. vom Bürgermeister unter seiner Amtsbezeichnung handschriftlich zu unterzeichnen. Dies gilt nach ausdrücklicher Bestimmung der amtlichen Begründung zu § 36 Ziff. 2a auch für sogenannte laufende Verpflichtungen. Es hätte vielleicht nahegelegen, für sie eine Ausnahme zuzulassen, wie sie z. B. vom RG. in der Rechtsprechung zu § 88 Ziff. 7 Abs. 2 östl. LGemO. gemacht war[6]). Aber da der Begriff „Geschäfte der laufenden Verwaltung" besonders für den Vertragsgegner keineswegs klar und fest bestimmbar ist, wäre gerade dadurch wieder neue Unsicherheit in die Regelung der Eingehung von Verpflichtungen in das neue Recht hineingetragen worden[7]).

Die Unterschrift des Bürgermeisters wird durch die Unterschrift zweier vertretungsberechtigter Beamten oder Angestellten ersetzt, die für diesen Fall vertretungsberechtigt sind.

Schriftlichkeit des Vertrages im ganzen ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn nur die Verpflichtungserklärung des Bürgermeisters oder zweier vertretungsberechtigter Beamten oder Angestellten in schriftlicher Form vorliegt, somit Halbschriftlichkeit, wie sie beispielsweise in § 766 BGB. vorgeschrieben ist. Schreiben sonstige Gesetze weitergehende Formen vor, z. B. § 313 BGB., so sind über den § 36 Abs. 2 DGemO. hinaus auch diese Formen zu beachten.

Der Unterschrift zweier vertretungsberechtigter Beamten oder Angestellten bedarf es insbesondere auch dann, wenn die Stelle des Bürgermeisters überhaupt unbesetzt ist, oder wenn der ordentliche Bürgermeisterstellvertreter an Stelle des beurlaubten Bürgermeisters handelt[8]). Es ist dann stets die Unterschrift eines weiteren Beigeordneten, eines zweiten vertretungsberechtigten Gemeindebeamten oder Angestellten nötig. Die Unterschrift des Stellvertreters des Bürgermeisters allein genügt nicht.

Der Bürgermeister kann auch andere, nicht im Dienste der Gemeinde stehende Personen, z. B. Rechtsanwälte bevollmächtigen, namens der Gemeinde Verpflichtungserklärungen abzugeben. Nach der ersten Anweisung zur Ausführung der GemO. zu § 36 Anm. 2d (PrMBliV. 1935 Nr. 14) soll ein solcher Bevollmächtigter, um die Gemeinde verpflichten zu können, schriftlicher Vollmacht bedürfen. Das ist im Hinblick auf § 167 Abs. 2 BGB. nicht unzweifelhaft. Aus § 36

Das PrOVG. hat diese Bestimmungen anders ausgelegt und Helfritz („Die Vertretung der Städte und Landgemeinden", 1916) folgend in ihnen keine Beschränkung der Vertretungsmacht, sondern nur die Anordnung erblickt, daß dann, wenn der Magistrat in seiner Gesamtheit zum Verwalten und Ausführen berufen ist, auch die Vertretung nach außen ihm allein zusteht und verpflichtende Urkunden der Unterschrift des Bürgermeisters und eines Magistratsmitglieds bedürfen (PrOVG. 70, 268 ff.; Helfritz, Grundriß des preuß. Kommunalrechts, 1932, S. 75). Demgegenüber hat das RG. an seiner Rechtsprechung festgehalten JW. 1922, 392 und RGZ. 121, 19 = JW. 1928, 1937. Auf diesen Streit kann im übrigen nicht näher eingegangen werden. Zu nennen wäre hier noch Art. 17 Abs. 3 BayGemO. v. 17. Okt. 1927, nach welchem in Gemeinden unter 3000 Einwohnern Urkunden, die eine Verpflichtung der Gemeinden begründen, vom Bürgermeister und zwei Mitgliedern des Gemeinderats unterzeichnet sein müssen.

[2]) Hollje, Komm. z. OldGemO. Art. 32 Anm. 20; Klien, MecklGemO. v. 22. Mai 1920 § 33 Ziff. 11 Anm. 1; §§ 71, 74 HannStädteO. Im ganzen galten bis zur nationalsozialistischen Revolution im Deutschen Reich nicht weniger als 41 verschiedene Gemeindeverfassungen, davon allein in Preußen 15. Eine übersichtliche Aufstellung über die Form für namens der Gemeinde abzugebende Verpflichtungserklärungen gibt für das damalige Recht Golzer: BankArch. 30, 207, 343. In Preußen wurde auf diesem Gebiet durch das am 1. Jan. 1934 in Kraft getretene PrGemVerfG. und das GemFinG. v. 15. Dez. 1933 zwar Rechtseinheit, aber noch keine Rechtssicherheit geschaffen, weil durch den § 45 GemFinG. nicht völlig klar und unzweifelhaft festgestellt war, wann Schriftlichkeit für eine Verpflichtungserklärung erforderlich war und wann nicht (vgl. Steffens: DJZ. 1935, 605).

[3]) Steffens: DJZ. 1935, 606.

[4]) Vgl. 1. Anw. z. Ausf. der DGemO. (PrMBliV. 1935 Nr. 14) zu § 35 Abs. 1.

[5]) Also nur solche Erklärungen, die darauf abzielen, eine Verpflichtung der Gemeinde zu begründen, nicht auch solche, bei denen die Entstehung einer Verpflichtung nur Nebenfolge ist, fallen unter diese Bestimmung (Amtl. Begründung zu § 36 Ziff. 2a). Die Annahme einer Schenkung bedarf z. B. nicht der Form des § 36 Abs. 2, obwohl sie die Verpflichtung zur Zahlung der Schenkungssteuer und gegebenenfalls die Verpflichtung aus § 528 BGB. begründet.

[6]) RGZ. 104, 205.

[7]) Es besteht ziemliche Einmütigkeit darüber, daß diese Rechtsprechung, die die Geschäfte der „laufenden Verwaltung" vom Formzwang freiließ, erst recht Rechtsunsicherheit schuf, denn dieser Begriff ist flüssig und deshalb praktisch wertlos. Vgl. Helfritz, Kommunalrecht, 1932, S. 75 Anm. 142 und besonders Richter: R.- u. PrVerwBl. 1931, 687 Anm. 25.

[8]) Steffens: DJZ. 1935, 608.

Abs. 2 DGemO. ergibt sich die Notwendigkeit der Schriftlichkeit der Vollmacht nicht, da durch die Vollmachtserteilung allein die Gemeinde nicht verpflichtet wird. Ich bin daher der Auffassung, daß im Hinblick auf § 167 Abs. 2 BGB. die Vollmacht nur unter den besonderen Voraussetzungen der Schriftform bedarf, bei deren Vorliegen die Rechtsprechung entgegen dem § 167 Abs. 2 BGB. auch für den Bevollmächtigungsakt Einhaltung der für das Rechtsgeschäft, auf das sich die Vollmacht bezieht, bestimmten Form für notwendig erachtet hat (vgl. hierüber RG. Komm. § 167 Anm. 2).

Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Bürgermeister oder sein Vertreter die nach § 36 Abs. 2 DGemO. vorgeschriebene Form nicht wahren. Mit Recht haben Surén-Loschelder in Anm. 2b zu § 36 ausgeführt, daß § 36 im Gegensatz zu § 88 Ziff. 8 östl. LGemO., § 60 Ziff. 7 StädteO. für Schleswig-Holstein u. a. nur eine reine Formvorschrift, nicht auch eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Gemeindeorgans darstellt, die mit dem Führergedanken unverträglich wäre.

Die Folgen der Verletzung der Form richten sich somit nach § 125 BGB. und bestehen in der Nichtigkeit der formwidrig abgegebenen Willenserklärung. Ist aber die die Verpflichtung der Gemeinde enthaltende Willenserklärung nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, sofern nicht anzunehmen ist — was hier nur in den allerseltensten Fällen zutreffen wird —, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (§ 139 BGB.).

Grundsätzlich kann daher die völlige Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, das die formlos eingegangene Verpflichtung der Gemeinde enthält, als Regel angenommen werden.

Welche Wirkungen treten nun aber ein, wenn der Vertrag von einer Seite, oder gar von beiden Seiten erfüllt wird?

Wenn beispielsweise von einer Gemeinde ein Bademeister nur auf Grund einer mündlichen Vereinbarung eingestellt wird, seine Tätigkeit aufnimmt und die Gemeinde den Gehalt bezahlt? Oder der Kanzleivorstand bestellt fernmündlich Schreibmaterial?

Unzweifelhaft sind diese Verträge nach § 125 BGB. nichtig. Gegenüber der auf Formmangel beruhenden Nichtigkeit, ist der gute Glaube nicht geschützt. Geltendmachung des Formmangels verstößt, wie das RG. in ständiger Rechtsprechung festgestellt hat, an sich nicht gegen Treu und Glauben[9]).

Wie aber, wenn ein Vertragsteil geleistet hat, wie wenn beide Teile den nichtigen Vertrag erfüllt haben? Soll etwa der Vertragsgegner, der von der Nichtigkeit des Vertrags keine Kenntnis hatte — und es wird lange Zeit dauern, bis die Kenntnis dieser scharfen Formvorschrift wirklich Allgemeingut geworden ist — nach § 812 BGB. berechtigt sein, das in Unkenntnis der Nichtigkeit Geleistete zurückzufordern, obwohl die Gemeinde erfüllt hat?

Soll die Gemeinde berechtigt sein, trotz Annahme der Leistung ihres Vertragsgegners, der den nichtigen Vertrag in Erwartung der Gegenleistung durch die Gemeinde erfüllt hat, ihre Leistung unter Geltendmachung der Formnichtigkeit des Vertrags zu verweigern, so daß der Vertragsgegner gezwungen ist, seine Leistung zurückzunehmen, oder falls das unmöglich ist, sich mit einem der Höhe nach recht zweifelhaften Bereicherungsanspruch abfinden zu lassen? Und schließlich, wie gestaltet sich die Haftung, wenn etwa ein Vertragsteil in Erfüllung dieses nichtigen Vertrages den andern Teil schuldhaft schädigt, z. B. der formlos angestellte Bademeister[10]) verrichtet seine Aufgabe schlecht, ein Badegast kommt dadurch zu Schaden, die Gemeinde muß Schadensersatz leisten; kann sie auf den Bademeister Rückgriff nehmen, obwohl der Vertrag mit ihm nichtig war? Und wie gestaltet sich die Haftung der Stadt, wenn ein Geisteskranker ins Städtische Krankenhaus aufgenommen wird, und ehe sein Vormund den Vertrag mit der Stadt abgeschlossen hat, durch das Verschulden des Pflegepersonals Schaden erleidet; wie, wenn das der Gemeinde gehörende Gaswerk auf fernmündliche Bestellung schlechten Koks liefert und der Besteller auf Grund der Schlechtlieferung Schadensersatz verlangt?

1. Die Folgen des Formmangels sind nach unserer Rechtsordnung je nach den rechtspolitischen Zwecken, denen die Formvorschrift dient, verschieden.

Dient die Form dazu, die Überlegung zu fördern, übereilte Entschlüsse zu hemmen, oder dient sie lediglich dazu, den Beweis der Willenserklärung zu erleichtern und zu sichern? Wird der durch die Formvorschrift ins Auge gefaßte Zweck nur erreicht, wenn das formwidrig abgeschlossene Rechtsgeschäft gänzlicher Nichtigkeit verfällt, oder ist teilweise Aufrechterhaltung mit dem Zweck der Formvorschrift vereinbar?

So kann der Zweck der §§ 313[11]), 518, 766 BGB. nur durch Nichtigkeit erreicht werden, der des § 566 BGB. schon dadurch, wenn der Vertrag als „auf unbestimmte Zeit geschlossen" aufrechterhalten wird.

In der Regel kann der Zweck der Formvorschrift nur erreicht werden, wenn das formwidrig abgeschlossene Geschäft gänzlich der Nichtigkeit anheimfällt, wie das § 125 BGB. als Regel feststellt.

Ebenso, wie die Wirkung des Formmangels auf die Gültigkeit des Geschäfts, ist auch die Frage zu beurteilen, welcher Einfluß der Erfüllung des nichtigen Geschäfts zukommt.

Der Zweck des § 766 BGB. vor der Eingehung leichtfertiger Bürgschaftsverpflichtungen zu schützen, ist gewiß in dem Augenblick erfüllt, wenn der Bürge seine Leistung erbracht hat. Denn mehr als durch die tatsächliche Leistung kann dem Bürgen auch durch die Formvorschrift die Höhe seiner Belastung nicht zum Bewußtsein gebracht werden[12]). Dasselbe gilt entsprechend in den Fällen der §§ 518, 313 BGB. Mit Recht läßt deshalb das Gesetz in diesen Fällen mit der Leistung desjenigen, um dessentwillen die Formvorschrift besteht, den nichtigen Vertrag heilen. Durch seine Leistung wird somit die Form ersetzt. Daraus ergibt sich:

Erkennt das Gesetz die Heilung des Formmangels schon durch die Leistung des Vertragsteils an, zu dessen Schutz die Formvorschrift besteht, ja tritt sogar bei teilweiser Leistung, in Höhe des Geleisteten Heilung ein (§ 766 Abs. 2 BGB. „soweit der Bürge ... erfüllt"), dann muß erst recht eine Heilung des Formmangels eintreten, wenn der Vertrag von beiden Teilen erfüllt ist. Denn nun fehlt jeder vernünftige Anlaß, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts noch nachträglich in Frage zu stellen[13]). Mit der Erfüllung und der Erfüllungsannahme sind die hinter dem Formzwang stehenden rechtspolitischen Gründe weggefallen[14]).

Über die rechtspolitische Bedeutung der in § 36 Abs. 2 DGemO. vorgeschriebenen Form führt die amtliche Begründung zur DGemO. zu § 36 aus:

„Die Vertretung der Gemeinden bei Vornahme sogenannter Verpflichtungsgeschäfte war nach bisherigem Landesrecht in großem Umfang besonderen Vorschriften unter-

[9]) RGZ. 73, 209 = JW. 1910, 592; 96, 313 = JW. 1919, 993; 117, 124 = JW. 1927, 2118. Nur unter besonderen Voraussetzungen steht der Berufung auf den Formmangel der Gegeneinwand der Arglist entgegen (RGZ. 107, 357; JW. 1926, 1810).

[10]) Vgl. ArbRspr. 1930, 51. Wäre der in dieser Entscheidung genannte Bademeister der Gemeinde haftbar, wenn er schuldhaft einen Badegast verletzt hätte?

[11]) RGZ. 129, 370.

[12]) Deshalb tritt Reichel: SJZ. 1923/24, 178 dafür ein, daß nach schweiz. Recht, in welchem eine dem § 766, 2 BGB. entsprechende Bestimmung fehlt, der Bürge, der in Unkenntnis der Nichtigkeit seiner Bürgschaftsverpflichtung geleistet hat, keinesfalls kondizieren kann. Ebenso Schultheß: ZSR. n. F. 44, 64.

[13]) Reichel: ArchZivPr. 104, 36; Siber: DogmJahrb. 70, 242; Oertmann, BGB. § 125 Anm. 4a.

[14]) Erwin Riezler, Venire contra factum proprium S. 142; ebenso Entsch. d. SchweizBundG. Bd. 50, 2 S. 148: „In diesem Falle widerspräche es dem Rechtsgefühl, eine Umstoßung des Vertrags wegen Mangels der Beurkundung des wirklich gewollten Kaufpreises zuzulassen. Der wesentliche Zweck der Form (Art. 216 OR.) besteht darin, die Parteien gegen die Folgen unüberlegter Entschlüsse zu schützen. Ist aber der Vertrag von beiden Teilen erfüllt, bedürfen sie dieses Schutzes nicht mehr."

worfen. Diese Vorschriften verfolgten gleichmäßig das Ziel, die Gemeinden vor unüberlegten und übereilten Erklärungen möglichst zu sichern. Dabei ist nicht zu verkennen, daß diese Sonderregelung zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit geführt hat.

Bei der endgültigen Regelung dieser Fragen in der DGemO. mußten diese widerstreitenden Gesichtspunkte zu einem möglichst zweckmäßigen Ausgleich gebracht werden.

a) Im Interesse der Rechtsklarheit schreibt § 36 Abs. 2 vor, daß Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, der schriftlichen Form bedürfen. Eine bloß mündliche Verpflichtung der Gemeinde gibt es darnach in keinem Falle mehr. — ... Werden diese Formvorschriften verletzt, so sind die Erklärungen nach § 125 BGB. nichtig."

Die Formvorschrift erfüllt somit einen doppelten Zweck, sie soll einerseits die Gemeinde vor unüberlegten und übereilten Erklärungen möglichst sichern, dann aber auch die Verpflichtungen der Gemeinde für sie klarstellen[15]).

Diese Gründe entfallen, wenn das Rechtsgeschäft beiderseits abgewickelt ist[16]). Haben daher die Gemeinde und ihr Vertragsgegner den formnichtigen Vertrag erfüllt, so ist er geheilt und kein Vertragsteil kann seine Leistung zurückfordern, mag er die Nichtigkeit des Vertrages bei Vornahme der Erfüllung gekannt haben oder nicht[17]).

2. Wie aber, wenn der Vertrag nur von einem Teil erfüllt worden ist? Kann er seine Leistung zurückverlangen, kann er vielleicht auf Grund seiner Leistung vom Gegner Erfüllung verlangen?

Hier wird eine sorgsame Rechtsfindung den Weg suchen müssen, der einerseits den in erster Linie im Vordergrund stehenden Zweck der Formvorschrift nicht gefährdet, auch der Gemeinde selbst nicht zum Nachteil gereicht[18]), andererseits aber die Interessen des Vertragsgegners nicht zu sehr beeinträchtigt.

a) Kann der Vertragsgegner, wenn die Gemeinde ihrerseits erfüllt hat, sich auf den Formmangel berufen? Jeder wird die offensichtliche Unbilligkeit einer solchen Möglichkeit empfinden. Dem Vertragsgegner, der die Leistung der Gemeinde angenommen hat, muß die Berufung auf den Formmangel versagt werden. Er darf sich nicht mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen. Er hat nicht nur den — wenn auch infolge des § 36 Abs. 2 DGemO. formnichtigen — Vertrag abgeschlossen, sondern er hat die ihm in Erwartung seiner Gegenleistung erbrachte Leistung der Gemeinde angenommen.

Es würde gröblich gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich der Vertragsgegner der Gemeinde mit der von ihm selbst geschaffenen Tatsache der Erfüllungsannahme in Widerspruch setzen und dadurch unter Berufung auf eine zugunsten der Gemeinde geschaffene Schutzvorschrift die Gemeinde schädigen wollte[19]). Nicht in seiner Berufung auf den Formmangel an sich liegt somit der Verstoß gegen Treu und Glauben, sondern weil er sich auf den Formmangel beruft, obwohl er die Gegenleistung angenommen hat[20]).

Umgekehrt ist aber auch die Gemeinde, die den nichtigen Vertrag erfüllt hat, ihrerseits nicht berechtigt, entgegen ihrem eigenen Verhalten — ihrer eigenen Erfüllung — die Nichtigkeit geltend zu machen.

b) Praktisch bedeutsamer ist die Frage, ob die Gemeinde zur Verweigerung ihrer Leistung auch dann berechtigt ist, wenn der Vertragsgegner im Vertrauen auf die künftige Leistung der Gemeinde seinerseits geleistet hat.

Küchenhoff und Berger schlagen vor[21]), in eine Ausführungsverordnung die Bestimmung aufzunehmen:

> „Hat ein Vertragsteil bei einem Rechtsgeschäft der laufenden Verwaltung seine Verpflichtung bereits erfüllt, so muß auch der andere Vertragsteil in jedem Falle leisten."

Ich würde eine solche Bestimmung nicht nur für wenig zweckmäßig, sondern sogar für bedenklich halten, würde doch dadurch dem Vertragsgegner ermöglicht, durch eigene Erfüllung die Verpflichtung der Gemeinde zu begründen.

Man könnte daran denken, daß ebenso wie im Falle a der Vertragsgegner der Gemeinde zur Leistung verpflichtet ist, wenn er die Leistung der Gemeinde angenommen hat, ebenso für die Gemeinde die Verpflichtung erwachse, wenn sie die Leistung des Gegners annimmt.

Allein die Rechtslage ist bei der Gemeinde anders.

Wenn eine Verpflichtung der Gemeinde aus formlosem Vertrag nicht entstehen kann, weil das Gesetz für die Entstehung dieser Verpflichtung Schriftform verlangt, dann kann eine solche über die Bereicherungshaftung hinausgehende Verpflichtung auch nicht durch Annahme der Gegenleistung, also wieder einen formlosen Akt, zur Entstehung kommen.

Hinzu tritt die rechtspolitische Erwägung, daß zwar die eigene Erfüllung die Bedeutung des Rechtsgeschäfts zum Bewußtsein bringt, mindestens ebenso, wie das Erfordernis der Schriftform, nicht aber die Annahme einer Gegenleistung.

Die Gemeinde ist daher auch nach Annahme der Gegenleistung aus dem formnichtigen Vertrag nicht verpflichtet, ihre Haftung beschränkt sich auf die Haftung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung.

3. Der Grundsatz, daß jeder Vertragsteil, der erfüllt, gehalten ist, seine eigene Leistung als Erfüllung gelten zu lassen, bietet m. E. auch die Lösung der Frage, die sich ergibt, wenn aus mangelhafter Leistung eines Vertragsteils dem andern Schaden erwächst.

Zwar braucht, solange niemand geleistet hat, kein Vertragsteil den formnichtigen Vertrag zu erfüllen, die Gemeinde nicht einmal, wenn der Gegner geleistet hat; wird aber erfüllt, so muß jede Partei ihre Leistung „als Erfüllung" gelten lassen und kann nicht entgegen ihrem Verhalten geltend machen, sie sei ja zur Erfüllung nicht verpflichtet gewesen.

Deshalb haftet der nicht formgerecht angestellte Bademeister der Gemeinde aus Vertrag, wenn infolge Mangelhaftigkeit seiner Aufsicht jemand zu Schaden kommt, und die Gemeinde Ersatz leisten muß.

Nimmt das gemeindeeigene Krankenhaus einen Geisteskranken auf, so kann sich die Gemeinde, wenn der Kranke infolge Verschuldens des Pflegepersonals Schaden leidet, nicht darauf berufen, der Vertrag sei nichtig, weil die Verpflichtung der Gemeinde nicht schriftlich eingegangen worden sei[22]).

---

[15]) Der für die Auslegung des § 60 Ziff. 7 StädteO. f. Schlesw.-Holst. herangezogene Gesichtspunkt, die Formvorschrift diene dazu, dem Vertragsgegner Sicherheit zu geben, daß der mit der Städteverwaltung geschlossene Vertrag in Ordnung gehe (SchlHolstAnz. 1932, 36) oder der vom RG. für den § 56 StädteO. f. d. östl. Prov. geltend gemachte Gesichtspunkt, die Form diene auch dem Interesse derer, die mit der Stadtgemeinde in Rechtsverkehr treten, denn die Beobachtung der Form enthebe sie des sonst schwierigen Beweises der rechtsgültigen Ermächtigung der Vertreter der Stadt (JW. 1912, 1065), trifft hier nicht zu, da jede Beschränkung der Vertretungsmacht dem Führergedanken widerspräche und nach der amtlichen Begründung zu § 36 Abs. 1 DGemO. nicht gewollt ist.

[16]) Im ÖsterrABGB. und ihm folgend dem BGB. der Tschechoslowakei ist durch § 1432 allgemein bestimmt, daß das in Erfüllung einer wegen Formmangel nichtigen Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden kann.

[17]) Ebenso für das schweiz. Recht, in dem eine dem § 313 Abs. 2 BGB. entsprechende Bestimmung fehlt, für formnichtig abgeschlossene, aber beiderseits erfüllte Grundstücksgeschäfte Tuhr: ZSR. n. F. 44, 55 und ihm folgend SchweizBundG. Bd. 50, 2 S. 148.

[18]) Die Formvorschriften des früheren Rechts haben sich, so wie die Rechtsprechung sie ausgelegt hat, sehr oft zum Schaden der Gemeinde ausgewirkt, z. B. RGZ. 121, 14; SchlHolstAnz. 1932, 37.

[19]) Riezler S. 138; ähnlich Oertmann § 125 BGB. Anm. 4a: „Darüber hinaus wird man dem, der in Kenntnis der Formungültigkeit ihm dargebotene Leistung des Gegners annimmt, eine Berufung auf den Formmangel nach Treu und Glauben verweigern, zumal er sonst wegen § 814 BGB. den Gegner unerträglich schädigen könnte."

[20]) Das übersieht m. E. OLG. Kiel: SchlHolstAnz. 1928, 127.

[21]) Komm. z. DGemO. § 36 Anm. 5.

[22]) Deshalb hätte es in dem vom RGZ. 91, 265 = JW. 1918, 260 entschiedenen Falle nicht der gekünstelten Konstruktion bedurft, der Vertrag sei durch Annahme des von der minderjährigen Tochter gestellten Antrags zustande gekommen.

Dasselbe gilt bei der Benutzung gemeindlicher Betriebe, der Benutzung des Schwimmbades usw.[23]), wobei ruhig dahingestellt bleiben kann, ob im Einzelfall auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen mitsprechen. Wesentlich ist, daß die Gemeinde, sobald sie den Anstaltsbenutzer zuläßt und damit ihrerseits den formnichtigen Vertrag erfüllt, auch ihrerseits zur ordnungsgemäßen Erfüllung verpflichtet ist.

II. Nach den bisherigen Gemeindeverfassungen bedurften bestimmte Geschäfte des bürgerlichen Rechtsverkehrs der Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde.

Die Folgen der mangelnden Genehmigung waren verschieden, teils wirkten sie nach außen und ließen das ohne die erforderliche Genehmigung abgeschlossene Geschäft nicht wirksam werden, teils nur im Innenverhältnis, so daß die Gültigkeit des Geschäfts nach außen unberührt blieb.

Nach § 104 Abs. 1 DGemO. sind Rechtsgeschäfte des bürgerlichen Verkehrs, die ohne die erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde abgeschlossen werden, unwirksam.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich zugleich, daß in den Fällen, in denen das Gesetz nur den Ausdruck „darf nicht"[24]) oder „soll nicht"[25]) oder „darf nur"[26]) gebraucht, die Verletzung der Vorschriften bürgerlich-rechtlich ohne Wirkung ist[27]).

Unwirksam ist somit ohne die erforderliche Genehmigung der Staatsaufsichtsbehörde lediglich:

1. Die unentgeltliche Veräußerung von Vermögensgegenständen (§ 62 Abs. 2 Ziff. 1 DGemO.). Das Gesetz spricht zwar nur von Veräußerung, gemeint sind aber offenbar auch Verpflichtungen zu unentgeltlicher Veräußerung. Es bedarf somit auch die Abgabe eines Schenkungsversprechens, nicht bloß seine Erfüllung, der Genehmigung der Aufsichtsbehörde.

2. Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte zu verkaufen oder zu vertauschen (§ 62 Abs. 2 Ziff. 2). Hier erwähnt das Gesetz nur das Verpflichtungsgeschäft. Daß tatsächlich aber auch das Verfügungsgeschäft ohne Staatsgenehmigung unwirksam ist, beweist die Begründung zu § 62 Ziff. 2, die allgemein von „Veräußerungsgeschäften" spricht[28]).

3. Schließlich dürfen Sachen von besonderem wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert, besonders Archive, nicht veräußert oder wesentlich verändert werden.

Der Reichsminister des Innern kann nach § 62 Abs. 2 Rechtsgeschäfte der nach § 62 Ziff. 1 u. 2 bezeichneten Art von der Genehmigungspflicht freistellen, wenn sie ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren, oder wenn bestimmte Wertgrenzen nicht überstiegen werden. Er hat von dieser Ermächtigung in §§ 23, 24 der 1. DurchfVO. v. 22. März 1935 (RGBl. I, 396) Gebrauch gemacht.

4. Nach § 21 DGemO. dürfen Vertreter der Gemeinde in einem Organ einer Gesellschaft, an der Gemeinden mit mehr als 75% beteiligt sind, der Aufnahme von Darlehen nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde zustimmen.

Das Fehlen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bewirkt, daß die von dem Vertreter der Gemeinde gegebene Zustimmung zur Darlehensaufnahme unwirksam ist. Welche Bedeutung dieser Unwirksamkeit zukommt, bestimmt sich nach dem Recht der Gesellschaftsform, in die das Unternehmen gekleidet ist.

Weiter sind genehmigungspflichtig:

5. Die Umwandlung eines Eigenbetriebs der Gemeinde in eine selbständige Unternehmung (§ 75 DGemO.). Somit ist die Einbringung gemeindeeigenen Vermögens in das rechtlich selbständige Unternehmen ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde unwirksam.

6. Schließlich die Aufnahme von Darlehen, Übernahme von Bürgschaften und Gewährverträgen und die Bestellung sonstiger Sicherheiten (§ 77 ff., 79), die Aufnahme von Kassenkrediten (§ 81) sowie Verträge der Gemeinde mit dem Bürgermeister, es sei denn, daß es sich um Verträge nach feststehendem Tarif handelt (§ 115 Abs. 2).

In zwei Fällen hat das Gesetz in § 104 Abs. 2 ausdrücklich die Nichtigkeit des unstatthaften Rechtsgeschäfts angeordnet:

a) Bei Unternehmen, für die ein gleichartiger privater Wettbewerb nicht besteht, darf der Abschluß oder die Belieferung nicht davon abhängig gemacht werden, daß auch andere Leistungen oder Lieferungen abgenommen werden. Diese Bestimmung dient dem Schutze des Handwerks und schützt zugleich die Allgemeinheit vor Ausnützung einer Monopolstellung der Gemeinde.

Fordert somit die Gemeinde beispielsweise von dem Hauseigentümer, der den Anschluß an die städtische elektrische Leitung wünscht, daß die Installationen von der Gemeinde vorgenommen werden, so wäre ein auf dieses Verlangen der Gemeinde hin geschlossener Werkvertrag nichtig und auf keine Weise heilbar.

b) Nichtig soll auch die Bestellung besonderer Sicherheiten zur Sicherung eines Darlehensgebers sein (§ 104 Abs. 2).

Die Bestellung von Sicherheiten ist aus Gründen, die sich aus dem Wesen des Kommunalkredits ergeben, grundsätzlich unstatthaft[29]). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll sie deshalb ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach § 134 BGB. verboten und gänzlich nichtig sein.

Würde somit die Genehmigung nachträglich erteilt werden, so wäre trotzdem die Bestellung der Sicherheiten, z. B. die Sicherungsübereignung von Gegenständen nichtig und müßte gemäß § 141 BGB. erneut vorgenommen werden[30]).

[23]) Die Gemeinde braucht — privatrechtlich gesehen — den Badegast, der eine Badekarte gelöst hat, nicht in das Bad einzulassen. Tut sie das aber und erfüllt sie, so ist sie zu sorgfältiger Erfüllung verpflichtet.

[24]) § 65 Abs. 2.

[25]) § 61.

[26]) §§ 63, 67, 69, 77, 91.

[27]) Küchenhoff u. Berger § 104 Anm. 1.

[28]) Küchenhoff-Berger, DGemO. § 62 Anm. 4.

[29]) Suren-Loschelder § 79 Anm. 2.

[30]) Suren-Loschelder a. a. O. Hierdurch unterscheidet sich die Wirkung des § 104 Abs. 1 von der des Abs. 2. Das unwirksame Geschäft ist in Wirklichkeit ein unvollständiges unfertiges Geschäft, das dadurch, daß das fehlende Tatbestandsstück nachträglich beigebracht wird, in Wirksamkeit erwächst. Das nichtige Geschäft kann nicht durch Nachholen eines fehlenden Tatbestandsstücks wirksam werden (Tuhr, Allg. Teil II 1, 274 ff.).

Das Vorfahrtrecht im Wandel der Zeiten und insbesondere nach dem Stand seit dem 1. Januar 1935

Von Rechtsanwalt Dr. Ludwig Lechner, München, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht

Das Recht der Vorfahrt stellt begrifflich die Regelung des Verhaltens verschiedener mit Fahrzeugen an eine Straßenkreuzung oder an Einmündungen von Wegen gelangter Straßenbenutzer dar, d. h. es regelt die Frage, wer zuerst die Kreuzung überqueren oder an der einmündenden Straße vorbeifahren darf.

Dieser Vorfahrtrechtsbegriff hat bei der Zunahme der schnellen Fahrzeuge zu einer gesetzlichen Erfassung Anlaß gegeben. Allerdings waren es im Anfang nur Einzelverordnungen. So die Polizeiverordnungen der Städte, wie z. B. die von München (§ 23 der ortspolizeilichen Vorschriften vom 23. März 1923), welche diese Frage zunächst nur für den allgemeinen Fuhrwerksverkehr regelten. Diese Vorschriften sind dann weiterhin auf Kraftfahrzeuge ausgedehnt worden.

Zum ersten Male ist dieser Begriff durch die Novelle vom 28. Juli 1926 in § 21c der KraftfVerkVO. eingefügt worden. Danach hat an Kreuzungen und Einmündungen von Wegen unbeschadet der von Polizeibehörden im einzelnen zu treffenden Anordnungen das auf dem Hauptverkehrsweg sich bewegende Kraftfahrzeug die Vorfahrt gegenüber dem aus einem Seitenweg kommenden Fahrzeuge. Im übrigen hat das von rechts kommende Fahrzeug die Vorfahrt.

Durch die Steigerung des Verkehrs hatte sich die Neufassung der VO. über den Kraftfahrzeugverkehr als notwendig erwiesen. In dieser VO. änderte sich im Vorfahrtrechtsbegriff nichts. Lediglich der bisher unter § 21c geführte Vorfahrtrechtsparagraph wurde durch die Neudurchnumerierung der KraftfVerkVO. mit der Ziffer des § 24 versehen.

Nicht für alle Fahrzeuge war dieser Vorfahrtrechtsbegriff maßgebend. Es bestanden als Vorrecht die für Fuhrwerke der Reichspost nach Reichs- oder Landesrecht bestehenden Sonderrechte auch für die Kraftfahrzeuge der Reichspost, ferner für Kraftfahrzeuge der Feuerwehr, Wehrmacht, Polizei und eventuell im öffentlichen Interesse tätige Fahrzeuge.

Diese Regelung der Vorfahrtrechtsbestimmungen hat im Laufe der Zeit eine zahlreiche Rechtsprechung hervorgerufen, welche sich mit den entstehenden Streitfragen befaßte. Insbesondere hat gerade das Verhältnis zu den Straßenbahnen das Bedürfnis nach einer weiteren Regelung bewirkt. Dem suchte die Novelle v. 10. Mai 1932 (RGBl. I, 193) abzuhelfen, indem sie in § 24 in ausführlicher Weise diese Frage behandelte.

Für die Fahrzeuge der Reichspost ist zu bemerken, daß das frühere Sonderrecht (nach § 19 RPostG.) durch Gesetz v. 13. Dez. 1933 beseitigt worden ist. Es besteht daher nur noch das in § 32 Abs. 3 RStraßVerkO. bestehende Vorrecht.

Nun kommen wir zur Regelung der Vorfahrt, wie sie heute geltenden Rechts ist. Bekanntlich ist die neue RStraßVerkO. nebst EinfVO. am 28. Mai 1934 erschienen. In Art. 1 EinfVO. war bestimmt, daß die Vorschrift des § 27 (Vorfahrtrecht) am 1. Jan. 1935 in Kraft treten sollte.

Maßgebend sind der § 27 Abs. 1 und 2 der VO. selbst und die Bestimmung zu § 27 der Ausführungsanweisung. Danach hat grundsätzlich, wie die Ausführungsanweisung ausdrückt, die Vorfahrt, wer von rechts kommt. Damit ist ein einheitlicher Grundsatz in dieses Rechtsgebiet hereingekommen, der seine Gründe in einer absichtlichen Vereinfachung dieses Verkehrsproblems hat.

Eine grundsätzliche Regelung ist dadurch getroffen, daß *Kraftfahrzeugen und durch Maschinenkraft angetriebenen Schienenfahrzeugen die Vorfahrt vor anderen Verkehrsteilnehmern eingeräumt* ist. Dieses neue Vorfahrtrecht ist nicht nur im Interesse der schnelleren, sondern auch in wohlverstandener Wahrung der Belange der anderen Fahrzeuge geschaffen.

Das besondere Vorrecht dieser motoristischen Fahrzeuge ist eine Ausnahme von dem Rechtsvorfahrtbegriff.

Zunächst sei einmal von einer bereits aufgetretenen sehr beachtlichen *Streitfrage* die Rede. Es ist nämlich behauptet worden, daß das Vorfahrtrecht der Kraftfahrzeuge und durch Maschinenkraft angetriebenen Schienenfahrzeuge vor anderen Verkehrsteilnehmern, also z. B. Radfahrern, auch dann gelte, wenn an und für sich durch amtliche Verkehrszeichen die Vorfahrtrechtsfrage anders geregelt sei. Hier wird wohl die Ansicht die richtige sein, daß sich diese Ausnahmemöglichkeit sowohl auf die Bestimmung der Rechtsvorfahrtberechtigung, als auch auf das Vorrecht der Kraft- und Schienenfahrzeuge vor sonstigen Verkehrsteilnehmern erstreckt (so *Müller*, Straßenverkehrsrecht mit technischem Leitfaden zu § 27 Ziff. 10). Die Ausführungsanweisung zu § 27 sagt hier ausdrücklich, daß diese Ausnahme von der Vorfahrtregel durch amtliche Verkehrszeichen kenntlich gemacht werden muß. Solche Zeichen sind:

a) „Vorfahrtrecht achten",
b) „Hauptverkehrsstraße",
c) „Straße 1. Ordnung".

In diesen Fällen hat derjenige, der sich auf einer Straße bewegt, die durch eines der obigen Schilder gekennzeichnet ist, die Vorfahrt vor den anderen, also auch der Radfahrer in diesem Falle vor den von der nicht bevorrechtigten Straße herauskommenden motoristischen Fahrzeugen.

Dies ist die einzige Stelle, an der von Straßen besonderer Art mit bestimmter Bevorrechtigung gesprochen wird. Es kehrt hier auch der Ausdruck Hauptverkehrsstraße wieder. Der Unterschied zwischen früher und heute ist aber der, daß der Straßenbenutzer nicht mehr gezwungen ist, von sich aus eine Wertung der Straßen nach äußeren oder sonstigen Merkmalen vorzunehmen, sondern durch entsprechende Warn- und Hinweiszeichen genau informiert wird. Fehlen solche Hinweise auf behördliche Anordnungen, so bleiben Zuwiderhandlungen straffrei, wenn der Zuwiderhandelnde die Anordnung weder kannte noch kennen mußte (§ 28 Abs. 5 Halbsatz 2).

Unter den Warnzeichen ist in der Ausführungsanweisung zu § 25 Abs. 5 Satz 1g das Zeichen „Vorfahrtrecht auf der Hauptstraße achten" als eine dreieckige, mit der Spitze nach unten aufgestellte weiße Tafel mit rotem Rand, auf der durch schwarze Zeichen die Art der Warnung angebracht ist, angegeben. Ist die Tafel vorhanden, so wird die Nähe einer Kreuzung nicht außerdem durch das Zeichen „Kreuzung" (c) angezeigt. Soll ein Warnzeichen zur Einhaltung des nötigen Abstandes von der Gefahrstelle (z. B. Eisenbahnübergang oder Wegegabelung) dienen, so ist unter dem Zeichen eine weiße rechteckige Tafel mit einem schwarzen Pfeil angebracht, der in die Richtung der Gefahrstelle weist. In der Verfügung über dieses oben erwähnte Warnzeichen und die beiden anderen Zeichen sind unter III als Hinweiszeichen angeführt unter f) „Hauptverkehrsstraße" (Straßen mit Vorfahrtrecht werden durch auf die Spitze gestellte weiße Quadrate mit rotem Rand bezeichnet und g) Straßen 1. Ordnung (Hauptverkehrsstraßen mit besonderen Verkehrsbeschränkungen), die durch zwei auf die Spitze gestellte ineinandergeschobene weiße Quadrate mit rotem Rand bezeichnet sind.

Ausführliche Bestimmungen über die Beschaffenheit und Aufstellung dieser Verkehrszeichen sind in der Ausführungsanweisung unter B zu § 28 Abs. 5 enthalten.

Das Vorfahrtzeichen ist regelmäßig in einer Entfernung von nicht mehr als 150 Meter aufzustellen, innerhalb geschlossener Ortsteile kann es unmittelbar (nicht mehr als 10 Meter entfernt) an der Kreuzung oder Einmündung angebracht werden.

Gemäß § 27 Abs. 2 ist wieder die Bestimmung getroffen, daß ein Fahrer, der die Richtung eines ihm auf der Straße Begegnenden kreuzen will, diesem die Vorfahrt lassen muß.

Die Frage, inwieweit Schienenfahrzeuge oder Kraftfahrzeuge ein Vorrecht genießen, ist jetzt dahin entschieden, daß Kraftfahrzeuge und Schienenfahrzeuge untereinander gleichberechtigt sind und daher eine Bevorzugung des Schienenfahrzeugs ausscheidet. Allerdings sagt die StraßVerkO. ausdrücklich, daß auf im öffentlichen Linienverkehr stehende Fahrzeuge und auf vollbesetzte Massenverkehrsmittel Rücksicht zu nehmen und ihre Behinderung nach Möglichkeit zu unterlassen ist. Dabei sei ausdrücklich auf § 25 RStraßVerkO. verwiesen.

Als selbstverständlich erscheint die Bestimmung, daß nach § 79 EisBBetrO. das Vorrecht an Eisenbahnübergängen unberührt bleibt. Ausdrücklich sagt die Ausführungsanweisung, daß § 27 Abs. 1, also der hier festgelegte Vorfahrtrechtsbegriff der RStraßVerkO., auf Kreuzungen von Straßen mit Eisenbahnstrecken keine Anwendung findet.

Ebenso unterstehen nicht dieser Vorfahrtregelung die in § 32 angeführten sog. „Wegerechtsfahrzeuge", d. h. Fahrzeuge, die zur Erfüllung ihrer öffentlichen oder dem Gemeinwohl dienenden Aufgaben freie Bahn brauchen und als solche gekennzeichnet sind. Die Ausführungsanweisung bestimmt, daß solche Fahrzeuge nur dann als unmittelbar kenntlich anzusehen sind, wenn deren Verwendungszweck nach ihrem Aussehen unzweifelhaft ist, wie rote Feuerwehrwagen, feldgraue oder buntfarbige Fahrzeuge der Wehrmacht, Mannschaftswagen der Polizei, Straßenreinigungsmaschinen u. dgl. Es

ist denselben unbedingt Platz zu machen. Alle übrigen Fahrzeuge gelten nur als Wegerechtsfahrzeuge, wenn sie durch amtlich ausgegebene oder zugelassene Schilder oder Schallzeichen (Glocke oder Hupe mit einer Folge verschieden hoher Töne [vgl. zu § 21]) kenntlich gemacht sind. Die amtliche Kennzeichnung darf nur geführt und das Vorrecht nur in Anspruch genommen werden, soweit und solange es öffentliche oder dem Gemeinwohl dienende Aufgaben erfordern (Ausführungsanweisung zu § 32 Abs. 2).

In der Ausführungsanweisung zu § 27 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 heißt es, daß die zur schnelleren Abwicklung des Verkehrs den Kraftfahrzeugen und durch Maschinenkraft angetriebenen Schienenfahrzeugen eingeräumte Bevorrechtigung nicht durch Mißbrauch zur Behinderung langsameren Verkehrs führen darf. Es ist damit deutlich ausgeführt, daß das Vorfahrtrecht seinem Sinn und Zweck nach eine schnellere Abwickelung des Verkehrs erreichen will. Damit muß m. E. ein Teil der bisherigen Rechtsprechung, nach der der Vorfahrtberechtigte an der Kreuzung auch mit der Nichtbeachtung seines Vorfahrtrechts rechnen und seine Geschwindigkeit dementsprechend einrichten mußte, gegenstandslos werden.

Ein Vorfahrtrecht besteht dann nicht, wenn der sonst Bevorrechtigte erst an der Kreuzung eintrifft, wenn ein sich langsamer bewegender Verkehrsteilnehmer sich schon in der Kreuzung befindet.

Zu diesen, die Vorfahrt regelnden Bestimmungen ist unbedingt die der RStraßVerkO. vorgesetzte Vorrede und ferner die Generalklausel des § 25, welche neugeschaffen wurde, beizuziehen.

Gerade durch erstere werden ebenfalls wieder sehr viele Entscheidungen der unteren und oberen Gerichte hinfällig werden, die vielleicht dem motoristischen und dem damit verbundenen Schnellverkehrsgedanken nicht in entsprechender Weise Rechnung getragen haben. Danach hat die technische und wirtschaftliche Entwicklung des Kraftfahrzeugs eine Wendung des Straßenverkehrs von Grund auf angebahnt. Der neue Schnellverkehr und insbesondere der Fernverkehr auf der Straße bedarf einer Regelung, die einfach, großzügig und einheitlich sein und alle Hemmungen durch die Zersplitterung des Rechts und durch kleinliche Reglementierung des Verkehrs forträumen muß. Insbesondere auch die Verkehrsteilnehmer und alle die Verkehrsordnung durchführenden und anwendenden Verwaltungs- und Gerichtsbehörden müssen sich von dem neuen Geist dieser Ordnung leiten lassen.

In der Generalklausel des § 25, wonach jeder Teilnehmer am öffentlichen Verkehr sich so zu verhalten hat, daß er keinen anderen schädigt oder mehr als nach den Umständen unvermeidbar behindert oder belästigt, ist einerseits für den Vorfahrtberechtigten eine gewisse Bremsung vorhanden, die aber nur insoweit besteht, als das Vorfahrtrecht selbst eine derartige Einschränkung zuläßt. Andererseits aber darf auch gerade für das Verhalten des nicht Vorfahrtberechtigten diese Vorschrift nicht übersehen werden, indem sie diesen erst recht zur Vorsicht und Beachtung des anderen Teils nötigt.

Vertragsstempel zu Prozeßvollmachten

Von dem Vollmachtgeber unterschriebene, meist nach einheitlichem Vordruck erteilte und dem Rechtsanwalt ausgehändigte Prozeßvollmachten enthalten vielfach außer der Ermächtigung zur Prozeßführung noch folgende Vereinbarungen:

Für das hierdurch begründete Vertragsverhältnis wird folgendes vereinbart:

1. Erfüllungsort und Gerichtsstand ist ...
2. Die Handakten des Rechtsanwalts sowie die ihm von der Partei übergebenen Schriftstücke gehen nach Ablauf von 6 Monaten seit rechtskräftiger Entscheidung oder sonstiger Erledigung der Sache in das Eigentum des Rechtsanwalts über, so daß dieser berechtigt ist, nach seinem Belieben darüber zu verfügen, sie insbesondere auch zu vernichten.
3. Die Verpflichtung des Rechtsanwalts zum Ersatz aller durch sein Verschulden entstandenen Schäden ist beschränkt bis zur Höhe des dreifachen Betrages der von ihm in der betreffenden Instanz, beim Fehlen von Instanzen für die betreffende Tätigkeit ins Verdienen gebrachten Gebühren. Die Frist für die Verjährung des Anspruchs der Partei auf Schadensersatz wird in Abweichung von der Bestimmung des § 32a RAO. auf 6 Monate festgesetzt.

Vereinbarungen dieser Art sind gemäß § 1 Abs. 2 Satz 3 nach TarSt. 18[2] LStempG. stempelpflichtig (vgl. Loeck, 11. Aufl., S. 22 Anm. 6a).

Auf Grund des § 36 Abs. 2 a. a. O. erlasse ich hierdurch den Vertragsstempel zu derartigen vor dem 15. Juli 1935 ausgestellten Prozeßvollmachten. Erstattungen sind ausgeschlossen.

(Erlaß des PrFinMin. v. 28. Juni 1935, S 5101—31. 5.)

Richtlinien zu § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. v. 13. Juni 1935

(RArbBl. 1935, I, 203.)

Auf Grund des § 11 Abs. 1 ArbGG. i. d. Fass. des Ges. zur Änderung des ArbGG. v. 20. März 1935[1]) (RGBl. I, 386) erlasse ich im Einvernehmen mit dem Herrn Reichsminister der Justiz folgende Richtlinien:

I. Eine Vertretung durch die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront kommt nicht in Betracht, wenn es sich um eine Partei handelt,

a) die weder Mitglied der Deutschen Arbeitsfront ist noch einem Verbande angehört, der der Deutschen Arbeitsfront korporativ angeschlossen ist,

b) deren Vertretung, obwohl die Voraussetzungen der Ziff. a nicht vorliegen, von der Deutschen Arbeitsfront abgelehnt wird.

II. Die hiernach gemäß Ia oder gemäß Ib erforderten Voraussetzungen sind in dem Antrag auf Zulassung eines Vertreters glaubhaft zu machen. Hierbei genügt zur Glaubhaftmachung der Voraussetzungen gemäß Ib die Vorlegung einer Bescheinigung einer Rechtsberatungsstelle der Deutschen Arbeitsfront, aus der sich ergibt, daß die Deutsche Arbeitsfront die Vertretung ablehnt.

III. Sind die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG. hiernach gegeben, so entscheidet der Vorsitzende des ArbG. unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, ob die Zulassung eines Vertreters notwendig ist und welche Art der Vertretung angebracht erscheint. Als Vertreter kommen außer Rechtsanwälten auch andere hierfür geeignete Personen in Frage.

Die Zulassung eines Vertreters wird insbesondere dann angebracht sein, wenn die Partei — z. B. wegen Abwesenheit vom Gerichtsort oder aus sonstigen, sei es in ihrer Person, sei es in der Beschaffenheit der Streitsache begründeten Umständen — zur sachgemäßen Wahrnehmung ihrer Rechte eines Vertreters bedarf.

Berlin, den 13. Juni 1935.

Der Reichsarbeitsminister
In Vertretung des Staatssekretärs
Dr. Mansfeld

Erläuternd wird zu vorstehenden Richtlinien bemerkt:

Die Neufassung des § 11 Abs. 1 ArbGG. durch das Ges. zur Änderung des ArbGG. v. 20. März 1935 hatte zu Zweifeln Anlaß gegeben, unter welchen Umständen anzunehmen sei, daß die Prozeßvertretung einer Partei durch die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront nicht in Betracht komme. Der RArbM. hat daher zur Klärung dieser Zweifel von der im Gesetz vorgesehenen Möglichkeit des Erlasses bindender Richtlinien im Einvernehmen mit dem RJM. Gebrauch gemacht. Durch die Richtlinien wird vor allem klargestellt, daß die Möglichkeit der Zulassung eines Prozeßvertreters durch den Vorsitzenden des ArbG. auf Grund des § 11 Abs. 1 ArbGG. nicht nur auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine Prozeßvertretung durch die Deutsche Arbeitsfront um deswillen nicht in Betracht kommt, weil die Partei nicht in der Lage ist, die Mitgliedschaft der Deutschen Arbeitsfront zu erwerben. Eine Beschränkung auf diese Fälle würde mittelbar für alle anderen Personen einem Zwang zum Beitritt in die Deutsche Arbeitsfront nahekommen, da sie andernfalls Gefahr liefen, in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren der erforderlichen Vertretung zu entbehren. Ein solcher mittelbarer Beitrittszwang würde jedoch im Gegensatz zu den wiederholten Erklärungen führender Persönlichkeiten des neuen Staates wie der Deutschen Arbeitsfront stehen. Die Richtlinien stellen daher klar, daß im Sinne der fraglichen Gesetzesvorschrift die Vertretung einer Partei durch die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront schon dann nicht in Betracht kommt

[1]) RArbBl. 1935, I, 106.

wenn die Partei weder unmittelbar Mitglied der Deutschen Arbeitsfront ist noch einer der der Deutschen Arbeitsfront korporativ angeschlossenen Organisationen angehört. Zu diesen gehören zur Zeit der Reichsnährstand und die Reichskulturkammer sowie auf Grund der vom Führer und Reichskanzler gebilligten Vereinbarung zwischen dem RWiM., dem RArbM. und dem Reichsorganisationsleiter Dr. Ley die Organisation der gewerblichen Wirtschaft. Eine korporative Eingliederung der Verkehrswirtschaft, die der Organisation der gewerblichen Wirtschaft nicht angehört, in die Deutsche Arbeitsfront ist dagegen bisher nicht erfolgt.

Die Richtlinien sehen weiter die Möglichkeit der Zulassung eines Prozeßvertreters durch die Vorsitzenden des ArbG. auf Grund des § 11 Abs. 1 ArbGG. für Parteien vor, deren Prozeßvertretung von der Deutschen Arbeitsfront, obwohl sie ihr unmittelbar oder einem der ihr korporativ angeschlossenen Verbände angehören, abgelehnt wird. Auch hier haben die Richtlinien von einengenden Bestimmungen abgesehen. So kann also der Vorsitzende des ArbG. eine Prozeßvertretung auch in den Fällen zulassen, in denen die Rechtsberatungsstelle der Deutschen Arbeitsfront die Prozeßvertretung einer Partei nicht übernommen oder niedergelegt hat, weil ihr z. B. die Rechtsverfolgung aussichtslos erscheint. Die Vorsitzenden der ArbG. werden allerdings in diesen Fällen besonders sorgfältig zu prüfen haben, ob die Zulassung eines Vertreters auf Grund des § 11 Abs. 1 ArbGG. notwendig erscheint.

Zur Frage der Unfallversicherung der Praktikanten und Werkstudenten

A. Von Landesinspektor Liesenhoff: JW. 1935, 1331.

B.

Aus den Ausführungen JW. 1935, 1331 könnte entnommen werden, daß jeder in einem nach §§ 537 ff. RVO. versicherungspflichtigen Betriebe tätige Praktikant oder Werkstudent reichsgesetzlich gegen Unfall versichert ist. Tatsächlich wird in der Praxis diese Auffassung vielfach vertreten und führt häufig dazu, daß Famuli, Praktikanten und Werkstudenten im Vertrauen auf diesen vermeintlichen Versicherungsschutz bei dem Eintritt in einen an sich der Unfallversicherung unterliegenden Betrieb es unterlassen, sich selbst gegen Schadensfälle bei privaten Versicherungsgesellschaften zu versichern. Es erscheint daher geboten, darauf hinzuweisen, daß nach der Rspr. des RVersA., der höchsten Spruchbehörde auf dem Gebiete der Sozialversicherung, Praktikanten, Famuli und Werkstudenten regelmäßig nicht gegen Unfälle oder, was nach § 547 RVO. in Verbindung mit der 2. VO. über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten v. 11. Febr. 1929 dem gleichzuachten ist, gegen Berufskrankheiten reichsgesetzlich versichert sind.

Gem. § 544 Abs. 1 Nr. 1 und 2 RVO. sind gegen Unfälle bei Betrieben oder Tätigkeiten, die nach den §§ 537—542 der Versicherung unterliegen, versichert: Arbeiter, Gehilfen, Gesellen, Lehrlinge und Angestellte, wenn sie in diesen Betrieben beschäftigt sind. Das RVersA. hat nun in ständiger Rspr. dahin entschieden, daß Schüler an Lehranstalten und Fachschulen nur dann dem Schutz der Unfallversicherung unterstehen, wenn sie einen Arbeitsposten ausfüllen, also einen Angehörigen der in § 544 RVO. genannten Personengruppen im Betriebe ersetzen. Das RVersA. hat diesen Grundsatz auch ganz allgemein dann in Anwendung gebracht, wenn es sich um die Frage der Versicherteneigenschaft von Praktikanten und Famuli gehandelt hat (zu vgl. Urt. des 2. Rekurssen. des RVersA. v. 28. Sept. 1934 in EuM. 36, 438 Nr. 127 = JW. 1935, 733[2]). Wenn also, wie es regelmäßig der Fall sein wird, medizinische Famuli oder Praktikanten aus anderen Zweigen der Wissenschaft zum Zwecke ihrer praktischen Ausbildung in Betriebe eintreten, die an sich nach den Vorschriften der §§ 537—542 RVO. der Reichsunfallversicherung unterstehen, so sind sie nach den vom RVersA. entwickelten Grundsätzen nur dann reichsgesetzlich gegen Unfall versichert, wenn sie einen Arbeitsposten ausfüllen, d. h. wenn sie einen Assistenten, einen Angestellten oder eine sonstige betriebszugehörige Hilfskraft vertreten, ersetzen oder in rechtlich erheblichem Maße unterstützen. Diese Voraussetzungen sind aber nicht etwa schon dann erfüllt, wenn die Famuli oder Praktikanten Verrichtungen vornehmen oder Tätigkeiten im Betriebe ausüben, die andernfalls von sonstigen Betriebsangehörigen ausgeführt werden müßten. Denn eine praktische Ausbildung ist naturgemäß nur dann denkbar und möglich, wenn auch eine praktische Tätigkeit ausgeübt wird. Es kommt vielmehr, wie das RVersA. auch ausgesprochen hat, darauf an, ob Zweck der Tätigkeit die Unterstützung und der Vorteil des Betriebes ist, oder ob das eigene Interesse des Lernenden an der Vertiefung seiner theoretischen Kenntnisse an Hand praktischer Fälle das Ziel seines Handelns bildet. Einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Rechtslage und für die Entscheidung der Frage, ob der in den Betrieb Eingetretene tatsächlich einen Arbeitsposten ausfüllt und eine andere betriebszugehörige Person ersetzt, kann neben der sonstigen tatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse insbes. auch der Umstand bilden, daß der Lernende sich in jeder Beziehung dem Dienstbetrieb einfügen muß, über seine Zeit während der Dienststunden nicht frei verfügen darf und für seine Tätigkeit ein Barentgelt erhält. Hierbei darf aber der Gewährung freier Station ohne Zahlung einer Barvergütung keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden, weil zahlreiche öffentliche Institute den bei ihnen zur Ausbildung befindlichen Studenten oder Praktikanten freie Kost und freie Unterkunft gewähren und dadurch die Belange der Allgemeinheit an der Ausbildung eines tüchtigen, praktisch erfahrenen Nachwuchses wahren, ohne daß nach dem sonstigen Sachverhalt die Annahme eines Arbeitsverhältnisses im versicherungsrechtlichen Sinne gerechtfertigt wäre.

Die gleichen Grundsätze, wie sie im Vorstehenden für Famuli und Praktikanten entwickelt sind, müssen für Werkstudenten gelten, nur daß hier die Zahl der Studenten, die tatsächlich einen Arbeitsposten ausfüllen und einen Angehörigen der in § 544 RVO. genannten Personengruppen ersetzen, angesichts der Notlage unseres akademischen Nachwuchses erheblich höher sein wird. In jedem einzelnen Falle muß aber unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen vor Eintritt in den Betrieb geprüft werden, ob auf Grund der Vorschriften der RVO. eine Versicherung gegen Unfälle besteht, oder ob der Abschluß eines Versicherungsvertrages bei einer privaten Versicherungsgesellschaft erforderlich ist.

RegR. u. ständ. Mitgl. des RVersA. Dr. Lauterbach.

Nachprüfung rechtskräftiger Bescheide

Eine nicht unerhebliche Zahl von ehemaligen Heeresangehörigen und Hinterbliebenen bezieht Versorgungsgebührnisse, die ihnen entweder überhaupt nicht oder nicht in der zugesprochenen Höhe zukommen. Bei der bestehenden Rechtslage war es nicht möglich, die rechtskräftige Entscheidung zu ändern und das Reich von einer in Wahrheit nicht begründeten Leistung zu befreien. Da dieser Zustand aus ethischen und finanziellen Gründen nicht aufrechterhalten werden konnte, ist durch das Ges. v. 3. Juli 1934 Art. II bestimmt worden, daß die Verwaltungsbehörden solche rechtskräftige Entscheidungen, auch wenn sie von den Spruchbehörden erlassen sind, ändern können, wie dies auf dem Gebiete der Invalidenversicherung, wo die Verhältnisse ähnlich liegen, bereits in die Wege geleitet ist. Laut Anordnung des RArbM. sind die Versorgungsbehörden gehalten, nunmehr in Ausführung der erlassenen gesetzlichen Bestimmungen in eine Nachprüfung der in Frage kommenden Fälle einzutreten. Es ist nun nicht Sinn und Zweck des Gesetzes, Renten zu entziehen oder herabzusetzen, wenn die medizinische Grundlage nach Ansicht des amtsärztlichen Gutachtens umstritten ist. Wohl aber kann die Gesetzesvorschrift Anwendung finden, wenn die frühere Beurteilung (Diagnose) mit der fortgeschrittenen ärztlichen Wissenschaft im Widerspruch steht. Da die Herabsetzung und Entziehung der Rente in der Regel für die wirtschaftlichen Verhältnisse des Empfängers eine schwere Einbuße bedeutet, müssen die in Betracht kommenden Fälle besonders eingehend geprüft werden. Nur mit vorheriger Genehmigung des RArbM. ist daher eine solche Entscheidung zulässig. Für die Nachprüfung kommen sowohl Beschädigte, Offiziere, Kapitulanten als auch Hinterbliebene in Betracht. Auch Fälle, in denen gar keine Rente, aber Heilbehandlung oder orthopädische Versorgung gewährt wird, können einer Nachprüfung unterzogen werden. Der Art. II kommt aber nur dann zur Anwendung, wenn die frühere Entscheidung der Sach- oder Rechtslage nicht entspricht, ohne daß eine Änderung der Verhältnisse ihre Unrichtigkeit bewirkt hat. Ist eine solche Änderung eingetreten und trifft nur deshalb die frühere Entscheidung nicht mehr zu, so ist eine Neufestsetzung der Rente auf Grund des § 57 RVersorgG. wegen veränderter Verhältnisse zulässig. Die Nachprüfung auf Grund des Art. II wird vor allem folgende Fälle umfassen:

1. Die Richtigstellung früherer, auf unzutreffender Bezeichnung des Versorgungsleidens beruhender Entscheidungen, z. B. bei zu allgemeiner Fassung bei Benennung des Grundleidens statt einzelner abgrenzbarer Erscheinungen, bei Ausführung eines ganzen Krankheitszustandes, während Dienstbeschädigung tatsächlich nur für den einzelnen Krankheitszustand in Frage kommt.

2. Besondere Beachtung verdienen die Fälle, in denen die Anerkennung der Dienstbeschädigung von vornherein auf die abgrenzbare Verschlimmerung eines vor dem Dienstantritt entstandenen Leidens hätte beschränkt werden müssen oder bei denen die auf eine Verschlimmerung beschränkte Anerkennung im Laufe der Jahre wie die Anerkennung im Sinne der Entstehung bewertet wurde.

3. Bei den anlagemäßig verbreiteten Krankheiten (Erbkrank-

heiten), in erster Linie bei Geisteskrankheiten, wird die Anerkennung von Dienstbeschädigung im Sinne der Entstehung nur als Verschlimmerung aufrechterhalten werden können.

4. Die Stufen der Pflegezulage werden nach der Richtung des noch vorhandenen erhöhten Pflegebedürfnisses nachzuprüfen sein.

5. Die Rentenberechtigung der Kriegsneurotiker bedarf einer Nachprüfung. Hier ist vor allem zu prüfen, ob bei den jetzt geltend gemachten Beschwerden noch eine Dienstbeschädigung fortwirkt. Die Erörterung der Dienstbeschädigungsfrage hat jedoch alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen; die Diagnose allein darf nicht zur Ablehnung des Versorgungsanspruches führen.

6. Auch die sog. Schonungsrenten sind nach der Richtung zu prüfen, ob überhaupt noch eine zum Rentenbezug berechtigte Erwerbsminderung vorliegt.

Gegen die Entscheidung ist, gleichgültig um welchen Gegenstand es sich handelt, mit Rücksicht auf die Bedeutung dieser Maßnahmen und dem Umstand, daß es sich zum Teil um die Änderung gerichtlicher Entscheidungen handelt, die Berufung zum RVersorgGer. zulässig. Es ist selbstverständlich, daß die Entscheidung des RVersorgGer. nicht mehr von der Verwaltungsbehörde geändert werden kann.

Es ist noch darauf hinzuweisen, daß die Vorschrift des Art. II nicht als eine dauernd bestehende Bestimmung gedacht ist. Sie soll vielmehr vom RArbM. wieder außer Kraft gesetzt werden, wenn der Zweck der Vorschrift als erreicht anzusehen ist.

Wenngleich die Durchführung in manchen Fällen schwere Eingriffe in die Verhältnisse mancher Empfänger bringt, so können Bedenken doch nicht erhoben werden, da es nicht vertretbar ist, unberechtigte Renten auszuzahlen, für welche die Allgemeinheit durch Steuern die notwendigen Mittel aufzubringen hat. Insofern ist das Gesetz ein Ausfluß des nationalsozialistischen Gedankenguts.

RegR. Köster, Koblenz.

Der Ersatzanspruch des mittelbar Geschädigten aus unerlaubter Handlung

Die Ausführungen Riegers: JW. 1935, 1533, zumal die im letzten Absatz seines Aufsatzes gezogene Schlußfolgerung, der vom RG. ständig vertretene Grundsatz, daß nur der unmittelbar, nicht aber auch der mittelbar Verletzte Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB. beanspruchen könne, sei erfreulicherweise über Bord geworfen worden, können nicht unwidersprochen bleiben. Eine derartige Schlußfolgerung läßt sich weder aus dem Gesetz entnehmen noch aus der reichsgerichtlichen Rspr. auf diesem Gebiete, zumal auch nicht aus der vom Vers. angezogenen Entsch. RGZ. 133, 270 ff. = JW. 1932, 3708[5] ziehen.

Die irrtümliche Schlußfolgerung des Vers. beruht auf einer mißverständlichen Auffassung des Begriffes des mittelbar Geschädigten. Dieser Begriff ist in der Rspr. wie auch in der Rechtslehre aus den Bestimmungen der §§ 844, 845 BGB. entwickelt worden. Seine Definition ist nur möglich durch eine Gegenüberstellung dieser Vorschriften zu den §§ 823 Abs. 1 u. 2 u. 826 BGB. Das BGB. steht im Rahmen der Haftung aus unerlaubter Handlung im Gegensatz zu anderen Gesetzen (so z. B. das SchweizZGB. Art. 41, code civil Art. 1382 und das ÖsterrBGB. § 1298) nicht auf dem Standpunkt, daß jede schuldhafte Vermögensverletzung einen Schadensersatzanspruch nach sich ziehe. Es gewährt vielmehr einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Vermögensverletzung grundsätzlich nur in den Fällen der §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB. und verlangt damit im Falle einer Vermögensbeschädigung eine vorsätzliche Verletzungshandlung. Bei einer bloß fahrlässigen Vermögensbeschädigung kann nur dann Schadensersatz verlangt werden, wenn eines der in § 823 Abs. 1 BGB. bestimmt bezeichneten Rechtsgüter oder Rechte verletzt worden ist. Hierbei ist es allerdings gleichgültig, ob ein Eingriff in die nach § 823 Abs. 1 BGB. geschützten Rechtsgüter oder Rechte durch eine unmittelbare oder mittelbare Verletzungshandlung erfolgt ist. Denn das BGB. unterscheidet in dieser Beziehung nicht zwischen unmittelbar oder bloß mittelbar herbeigeführten Schäden. Dementsprechend ist diese Frage sowohl von der Rspr. als auch von der Rechtslehre stets in dem Sinne beantwortet worden — und ihre Beantwortung ergibt sich lediglich aus den Fragen des Kausalzusammenhanges —, daß eine bloß mittelbare Verletzungshandlung genügt. Es ist daher zwischen einer mittelbaren Verletzungshandlung einer der in § 823 Abs. 1 BGB. bezeichneten Rechtsgüter oder Rechte und dem Falle des mittelbar Geschädigten scharf zu unterscheiden.

Folgende drei Fälle sind denkbar:

1. Durch ein und dasselbe Schadensereignis werden gleichzeitig und unmittelbar die Rechte oder Rechtsgüter zweier Personen verletzt. Wird z. B. durch eine fahrlässig begangene unerlaubte Handlung eine Kiste samt Inhalt beschädigt und besteht der Inhalt aus Sachen, die teils dem A., teils dem B. gehören, so ist jede der beiden Personen durch die unerlaubte Handlung unmittelbar in ihren Rechten verletzt, und zwar durch eine unmittelbare Verletzungshandlung. Beide Personen sind unmittelbar Geschädigte.

2. Durch ein und dasselbe Schadensereignis werden ebenfalls zwei Personen in ihren Rechtsgütern oder Rechten verletzt, und zwar die eine unmittelbar, die andere mittelbar. Beispiel der der Entsch. RGZ. 133, 270 ff. = JW. 1935, 3708[5] zugrunde liegende Fall. Jede der beiden Personen hat einen unmittelbaren Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB., weil es gleichgültig ist, ob die Verletzungshandlung als solche eine unmittelbare oder mittelbare ist.

3. Durch ein und dasselbe Schadensereignis wird eine Person in ihren Rechten oder Rechtsgütern verletzt, und eine andere Person gleichzeitig an ihrem Vermögen (also nicht an einem eigenen Rechte oder Rechtsgut) geschädigt. In diesem Falle ist nur die Person unmittelbar geschädigt, die in ihren Rechten oder Rechtsgütern verletzt worden ist. Bei der anderen Person handelt es sich um einen Fall des sog. mittelbar Geschädigten, dem grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch nicht zusteht (Ausnahmen in den §§ 844, 845 BGB.). Der mittelbar Geschädigte ist zwar auch unmittelbar verletzt, aber nur am Vermögen und nicht an Rechten oder Rechtsgütern.

Hiernach handelt es sich in den Fällen, in denen man von einem mittelbar Geschädigten spricht, um solche, in denen durch eine unerlaubte Handlung eine Person eine Vermögenseinbuße dadurch erleidet, daß ohne Verletzung ihrer eigenen Rechtsgüter oder Rechte ein nach § 823 Abs. 1 BGB. geschütztes Rechtsgut oder Recht einer anderen Person verletzt wird. Auch dieser mittelbar Geschädigte erleidet nach dem oben Gesagten einen unmittelbaren Schaden und ist insoweit auch unmittelbar geschädigt. Er wird aber um deswillen als mittelbar Geschädigter bezeichnet, weil nicht die Verletzung eines eigenen Rechtsgutes oder Rechts, sondern die fremder Rechtsgüter oder Rechte seinen Vermögensschaden verursacht hat. Bei ihm fehlt es also völlig an einer Verletzung der in § 823 Abs. 1 BGB. geschützten Rechtsgüter oder Rechte. Er erleidet nur eine Vermögenseinbuße und kann daher, sofern nicht die Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2 oder 826 BGB., insbes. also vorsätzliches Verhalten des Schädigers, gegeben sind, keinen Schadensersatz verlangen. Ausnahmen von diesem Grundsatz enthalten die §§ 844, 845 BGB., in denen reine Vermögensverletzungen (also ohne Verletzung eigener Rechtsgüter oder Rechte der in ihrem Vermögen verletzten Person) Schadensersatzansprüche auslösen. Diese Vorschriften stellen somit eine Erweiterung des § 823 Abs. 1 BGB. dar. Dabei muß man sich aber darüber klar sein — und hierin liegt der Fehler Riegers —, daß sowohl die Vermögensschäden in den Fällen der §§ 844, 845 BGB. als auch in sämtlichen übrigen Fällen des mittelbar Geschädigten stets durch eine mittelbare Verletzungshandlung herbeigeführt worden sind. Auf dieser Linie bewegen sich auch die von Rieger angeführten Entscheidungen, insbes. steht auch RGZ. 133, 270 ff. dazu nicht im Widerspruch.

Dieser Entscheidung liegt der Fall zugrunde, daß die Mutter eines siebenjährigen Knaben, der bei einem Kraftwagenunfall tödlich verletzt worden war, auf die Kunde hiervon einen Nervenzusammenbruch erlitt, für dessen Folgen sie den Beklagten haftbar machen wollte. Hier ist also nicht nur ein fremdes, sondern auch ein eigenes Rechtsgut der Klägerin, nämlich ihre Gesundheit, durch die unerlaubte Handlung verletzt worden. Daß hier die Verletzung als solche zwar nur eine mittelbare ist, ist, wie bereits oben festgestellt wurde, unbeachtlich, da es für die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB. gleichgültig ist, ob die hierdurch geschützten Rechtsgüter oder Rechte unmittelbar oder mittelbar verletzt werden. Die Mutter erleidet also nicht, wie in den Fällen des mittelbar Geschädigten, eine Vermögensverletzung, die durch Verletzung fremder Rechte oder Rechtsgüter (hier ihres Sohnes) herbeigeführt wäre, sondern sie erleidet eine — wenn auch bloß mittelbare — Verletzung eines eigenen Rechtes oder Rechtsgutes.

Damit hat das RG. aber mit dem ständig vertretenen Grundsatz, daß nur dem unmittelbar und nicht auch dem mittelbar Verletzten ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB. zustehe, keineswegs gebrochen. Das RG. stellt im übrigen, was Rieger offenbar übersehen hat, in seiner Entscheidung auch ausdrücklich fest, daß es sich hier nicht um den mittelbar Geschädigten in dem Sinne handelt, wie er in den Ausnahmefällen der §§ 844, 845 BGB. gemeint ist. Es gibt vielmehr der Klägerin den unmittelbaren Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. gerade um deswillen, weil sie selbst durch die unerlaubte Handlung in ihrer Gesundheit geschädigt worden ist, weil es sich hier also gerade um einen Schaden einer Person handelt, die selbst durch die unerlaubte Handlung in ihren Rechtsgütern oder Rechten beeinträchtigt worden ist. In allen anderen Fällen, in denen von der Rspr. ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB. mit der Begründung abgelehnt worden ist (vgl. RGZ. 97, 89; 98, 344; 78, 248 = JW. 1912, 349; 79, 55 = JW. 1912, 637 usw.), es liege ein Fall des mittelbar Geschädigten vor, handelt es sich immer nur um Vermögensschäden, die nicht durch Verletzung eigener Rechtsgüter oder Rechte hervorgerufen worden sind.

Hiernach können, solange das Schadensrecht des BGB. im Gebiete der unerlaubten Handlungen in seiner heutigen Form Bestand hat, mittelbar Geschädigte, abgesehen von den Fällen der §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB., nur dann Schadensersatz beanspruchen, wenn

die Voraussetzungen der §§ 844, 845 BGB. gegeben sind. Das bedeutet aber, daß, ebensowenig wie dies bisher in der Rspr., insbes. auch in der Entscheidung RGZ. 133, 270 ff. = JW. 1932, 3708[5], geschehen ist, bei unveränderter Fortgeltung des § 823 Abs. 1 BGB., mit dem Grundsatz nicht gebrochen werden kann und wird, daß nur der unmittelbar Geschädigte Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB. beanspruchen kann, und daß dem mittelbar Geschädigten ein Schadensersatzanspruch nur in den Ausnahmefällen der §§ 844, 845 BGB. zusteht.

RA. Dr. Oskar Nebel, Köln.

Handhabung von Vorschriften der Reichsstraßenverkehrsordnung durch die Polizei

Die Überwachung und Regelung des Straßenverkehrs muß dem Geiste des neuen Verkehrsrechts entsprechen. Kleinliche Bevormundung und Reglementierung würde diesem Geiste nicht entsprechen. Die Neuregelung des Straßenverkehrs beruht auf neuen Gedanken. Auch im Straßenverkehr soll nationalsozialistischer Gemeinschaftssinn herrschen. Niemand darf sich so verhalten, als ob er Herr der Straße sei. Wer die Rücksicht auf die andern vermissen läßt, vergeht sich an der Verkehrsgemeinschaft aller und ist zu bestrafen. Das ist der Sinn insbesondere des § 25 RStraßVerkO. Er lautet:

„Jeder Teilnehmer am öffentlichen Verkehr hat sich so zu verhalten, daß er keinen andern schädigt oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert oder belästigt."

Das neue Reichsrecht soll den Verkehr erleichtern und sichern, nicht unnötig beschränken oder hemmen. Verständnisvolle Handhabung der Vorschriften fördert, starre hemmt den Verkehr. Was zu Zeiten starken Verkehrs an belebten Stellen notwendig ist, kann zu andern Zeiten und anderwärts zum Unsinn werden. Die RStraßVerkO. stellt deshalb nur einige wenige Regeln auf, die überall und immer befolgt werden können; hierzu gehören, abgesehen von den Anforderungen an Personen und Fahrzeuge, § 26 über Ausweichen und Überholen, § 27 über Vorfahrtrecht und Richtungswechsel, § 28 über Regelung des Verkehrs durch Zeichen, § 29 über Kenntlichmachung bei Dunkelheit und § 30 über die Ladung von Fahrzeugen. Diese Regeln müssen überall gelten, Verstöße gegen sie müssen verfolgt werden.

Abgesehen von diesen Sonderregeln fordert die neue VerkO. in der obigen Grundregel des § 25, daß jeder sich vernünftig verhält, wie das nach der jeweiligen Verkehrslage nötig ist. Wer das tut, dem darf nicht aus formellen Gründen ein Vorwurf gemacht werden. Nur wer durch sein Verhalten andere „schädigt, behindert oder belästigt", soll bestraft werden. § 25 gibt die Handhabe zum Einschreiten auch gegen den, der nicht gegen ausdrückliche Vorschriften verstößt, sondern beispielsweise sich ganz ruhig auf der Straße bewegt, aber so langsam, daß er dadurch den übrigen Verkehr „mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behindert". Diese Grundregel umfaßt alle die Fälle des praktischen Verkehrslebens, die auch in Hunderten von Paragraphen mit Einzelvorschriften nicht getroffen werden könnten, mit ausreichender Bestimmtheit.

Berlin, den 29. Dez. 1934.

Der Reichsverkehrsminister.

(Aus dem Reichs-Verkehrs-Blatt Ausg. B 1935 · Kraftfahrwesen S. 1 [K 1 7064].)

Auslegung der Reichsstraßenverkehrsordnung durch die Rechtsprechung

1. § 25 RStraßVerkO. ist selbständige Strafnorm.

Mit Urt. v. 16. Mai 1935, 5 D 263/35, hat das RG. ausgesprochen, § 25 enthalte nicht etwa lediglich eine allgemeine Sorgfaltsregel, so daß er als besonderer Tatbestand nicht in Betracht käme; § 25 wolle die Innehaltung einer notwendigen Verkehrsdisziplin durch den Verkehrsteilnehmer im Interesse der Verkehrssicherheit gewährleisten.

Die gleiche Auffassung hatten bereits vorher folgende Gerichte ihrer Rechtsprechung zugrunde gelegt:

BayObLG. (Urt. v. 18. Jan. und 8. Febr. 1935, I 355/34 und I Ss 7/35);

OLG. München (Urt. v. 5. und 12. April 1935, I Ss 47 und 31/35);

KG. (Urt. v. 30. Nov. 1934 und 22. sowie 25. Jan. 1935: JW. 1935, 962 u. 963 sowie I S 331/34);

OLG. Dresden (Urt. v. 13. März und 3. April 1935: DAR. 54; v. 29. März 1935, 6 Ss 9/35).

Damit ist eine auch im Schrifttum erörterte Streitfrage erledigt.

2. Verstöße gegen die RStraßVerkO. sind aus § 36 RStraßVerkO. auch dann zu bestrafen, wenn der Zuwiderhandelnde ein Kraftfahrer ist.

Mit dem unter 1 erwähnten Urt. v. 16. Mai 1935, 5 D 263/35 hat das RG. auf Verstöße gegen die RStraßVerkO. deren § 36 angewendet, die Anwendung des § 21 KraftfG. dagegen abgelehnt.

3. Zur Frage, ob Verstöße gegen die Ausführungsanweisung zum § 25 RStraßVerkO. Erfolgsdelikte sind, ob also nur gestraft werden kann, wenn einer der drei im § 25 verpönten Erfolge — Schädigung, Behinderung, Belästigung — eingetreten ist, besteht noch keine einheitliche Rechtsprechung.

Das ehemalige BayObLG. hatte mit Urt. v. 5. April 1935, I Ss 19/35 angenommen, Verstöße gegen die AusfAnw. zu § 25 seien stets strafbar, ohne Rücksicht auf den etwaigen Erfolg; anderer Meinung ist das OLG. Dresden (Urt. v. 13. und 29. März 1935: DAR. 54 und 6 Ss 2/35); OLG. Dresden schließt sich dem gegenteiligen, in meinem Erlaß vom 29. Dez. 1934: RVBl. B 1935, 1 vertretenen Standpunkt an.

Berlin, den 14. Juni 1935.

Der Reichs- und Preußische Verkehrsminister.

(Aus dem Reichs-Verkehrs-Blatt Ausg. B 1935: Kraftfahrwesen S. 78 Nr. 77 [K 1 4400].)

Überholen und Ausweichen bei Schienenfahrzeugen

(AV. d. RJM. v. 12. Juni 1935, Va 15768. — Deutsche Justiz S. 885.)

Da in der Praxis gelegentlich Zweifel entstanden sind, wie der Begriff Raummangel in § 26 Abs. 5 RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934 aufzufassen ist, hat der Herr Reichs- und Preußische Verkehrsminister zur Auslegung der RStraßVerkO. folgende Stellung genommen, die zur Beobachtung mitgeteilt wird:

„Der bereits vor dem 1. Okt. 1934 bestehende Grundsatz, daß ein Schienenfahrzeug links überholt (ihm links ausgewichen) werden darf, wenn der Abstand zwischen Schienenfahrzeug und Wegerand das Rechtsüberholen (rechts ausweichen) nicht zuläßt (§§ 22 Abs. 1, 23 Abs. 1 KraftfVerkVO. v. 10. Mai 1932), ist durch § 26 Abs. 5 RStraßVerkO. sachlich nicht geändert worden. Die Ersetzung der bisherigen Fassung ‚Abstand zwischen dem Schienenfahrzeug und dem rechten Wegerand' durch das Wort ‚Raummangel' diente lediglich der sprachlichen Vereinfachung; das zeigt deutlich die Wahl des Wortes ‚Raum'; der vorhandene ‚Raum' ist nach dem Sprachgebrauch eine feststehende Größe; er wird in seinen Ausmaßen durch die jeweils verschiedene Ausnutzung des in ihm verfügbaren ‚Platzes' nicht berührt. Wäre eine Änderung der bisherigen Rechtslage beabsichtigt gewesen, so wäre angebracht gewesen, das eindeutig zum Ausdruck zu bringen."

Rechtswissenschaftlicher Pfingstkurs in Jena

Seit 1912 haben in Jena, veranstaltet von Prof. Dr. Hedemann, rechtswissenschaftliche Pfingstkurse stattgefunden, die jetzt von der Thüringer Verwaltungs-Akademie in Verbindung mit dem Gau Thüringen des BNSDJ., dem Jenaer OLGPräs. und Prof. Dr. Hedemann wieder aufgenommen worden sind. 176 Richter, Rechtsanwälte, Rechtspfleger und andere Rechtswahrer waren vom 13. bis 15. Juni in Jena versammelt, um neue Anregungen und einen Überblick über neue Rechtsgestaltungen des nationalsozialistischen Staates zu erhalten. Der Leiter der Akademie und Vorsitzender der Landesdienststelle Thüringen des Deutschen Gemeindetags, Landrat Ludwig, behandelte die Deutsche Gemeindeordnung, KGR. Dr. Meyer aus dem Reichsmin. für Ernährung und Landwirtschaft sprach über die landwirtschaftliche Entschuldung, MinDir. Dr. Volkmar stellte das neue Zwangsvollstreckungsrecht dar, der geschäftsführende Direktor des Reichsausschusses für Volksgesundheitsdienst beim RMdJ., Dr. Ruttke, sprach über Erb- und Rassenpflege in der Gesetzgebung und Rechtsprechung. Aus der Praxis des Erbhofrechts berichtete der Sachbearbeiter des RJM., Erbh.- u. OLGR. Dr. Hopp. Von der Jenaer Fakultät behandelte Prof. Dr. Hedemann das neue Wirtschaftsrecht, Prof. Dr. Blomeyer, der Studienleiter der Akademie, das Eigentum, wie es früher war und heute ist. Die Grundsätze nationalsozialistischer Staatsauffassung wurden von dem Hamburger OLGPräs. Dr. Rothenberger vor die Seele der Teilnehmer gestellt, und der Vizepräs. des RG., Staatsmin. Dr. Thierack, hatte das Thema gewählt Führertum und Laientum in der Rechtspflege. Alle diese Vorträge lösten lebhafte Aussprachen unter den Teilnehmern aus. Die Abende waren der Kameradschaft der Rechtswahrer gewidmet; manche alte Bekanntschaft wurde erneuert; manche neue angeknüpft.

Die freudige Aufnahme, die der Kurs gefunden hat, hat bestätigt, daß ein Bedürfnis nach solchen Fortbildungskursen besteht.

Wehrrecht und Staatsrecht

„Das Wehrrecht ist der Ausdruck des Lebenswillens unseres Volkes geworden und ausgebaut nach den großen Grundsätzen der Volksgemeinschaft, Treue und Disziplin. Wehrrecht ist nicht Standesrecht des Soldaten, sondern Staatsrecht; ist nicht Zwangsinstitut

der Dienstpflicht, sondern Ordnung der kameradschaftlichen sittenhöchsten Dienstbereitschaft — Wehrpflicht und Wehrfreude sind eins — und nicht der Soldat wird aus dem Volk „herausgegeben", sondern ganz Deutschland erhebt sich zur Höhe freien deutschen Waffenkämpfertums!"

Mit diesen klaren und knapp geformten Sätzen seines Einleitungsaufsatzes umreißt Reichsminister Dr. Frank den grundlegenden Wandel unseres Wehrrechts, dem die Zeitschrift „Deutsches Recht", Zentralorgan des BNSDJ., ihr Heft Nr. 11/12 v. 15. Juni 1935 widmet; diese Sätze decken zugleich die Beziehung auf, die das neue Wehrrecht mit dem neuen Staatsrecht verbinden, die das eine als organischen Teil des anderen begreifen lassen, so daß der dieses Heft umschließende Rahmentitel „Staats- und Wehrrecht" über eine bloße Aneinanderreihung hinaus zum Ausdruck einer tieferen organischen Einheit wird.

Das Wehrrecht geht von der Erkenntnis aus, daß im Kriegsfalle das ganze Volk zur Verteidigung des Vaterlandes aufgerufen wird und daß die Zeit der Kriege, die unter möglichster Schonung der Zivilbevölkerung ausschließlich von den militärischen Kräften geführt wurden, endgültig vorüber ist. Demgemäß muß unsere Rechtsordnung so geschaffen sein, daß dieser Gedanke alle Teile des Rechts durchdringt, und zwar muß die Friedensgesetzgebung genau so wie die Kriegsgesetzgebung in diesen Zusammenhang gestellt werden. Unser altes Militärrecht enthielt sicherlich viele wehrrechtliche Gedanken, aber es fehlte die klare Erkenntnis des Prinzips. So war die allgemeine Wehrpflicht ohne Zweifel ein echt wehrrechtlicher Gedanke. Aber man dachte den Gedanken nicht zu Ende. So kam es, daß sich Heer und Marine die größte Mühe gaben, die Soldaten zu Nationalgefühl und Wehrwillen zu erziehen, daß man sie aber mit dem Augenblick ihrer Entlassung aus dem aktiven Dienst wieder völlig der Agitation der wehrfeindlichen Parteien preisgab. Der Gedanke der allgemeinen Wehrpflicht blieb also im Militärrecht stecken. Die Bedeutung des neuen Wehrgesetzes für das neue Wehrrecht erhellen die eingehenden Darlegungen des gleichlautenden Aufsatzes, den ein berufener Sachkenner zu diesem Hefte beigesteuert hat. Die weiteren Abhandlungen „Volk und Heer", „Wehrmacht und Partei", „Der Eid des Soldaten", „Berufsheer und Volksheer", „Wehrmacht und Reichs-Wehrgericht", „Wehrrecht und Strafrecht", „Das Recht der Luftwaffe" und „Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das deutsche Wehrrecht" ergänzen diesen dem Wehrrecht gewidmeten Teil auf das glücklichste.

Mit der nationalsozialistischen Revolution ist das individualistische Rechtssystem verlassen worden und an seine Stelle der Ausgangspunkt Volksgemeinschaft als konkrete Gemeinschaft getreten. Gemeinschaft und Führung sind die beiden Begriffe, in denen sich das neue Rechtsprinzip verkörpert und die die gesamte bisherige Rechtswelt sprengen. In dem Aufsatz „Der Führerbegriff im Staatsrecht" wird eine Reihe der hauptsächlichen Mißverständnisse aufgezeichnet, die für die richtige Erfassung des Führerbegriffes im Staatsrecht hindernd im Wege stehen.

Der Führer ist nicht individuelle Persönlichkeit, sondern Gemeinschaftspersönlichkeit, die der Gemeinschaft richtunggebend vorangeht. Er ist weiter nicht Diktator, der als solcher sich aus der Gemeinschaft herauslöst, nicht mehr führen kann, weil er nicht mehr auf dem Vertrauen seiner Gefolgschaft ruht und deshalb diktieren muß. Der Führer ist auch nicht Souverän, weil der Begriff der Souveränität die Bindung an eine Gemeinschaft verneint, er ist nicht Organ, weder des Staates noch einer Körperschaft noch des Volkes: Der Begriff des Organs setzt immer eine unsichtbare Persönlichkeit voraus, für die das Organ handelt, eine Vorstellung, die mit der Stellung des Führers einer konkreten Gemeinschaft nicht vereinbar ist.

Diese Darlegungen, die Klarheit über den Grundbegriff unseres heutigen Rechts zu verschaffen sich bemühen, werden fortgesetzt in dem Beitrag „Die rechtliche Stellung des Stellvertreters des Führers". Weitere Aufsätze behandeln die Problemkreise „Partei, Staat, Volk" und „Faschismus und Nationalsozialismus". Der Aufsatz „Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft" sowie eine Reihe grundsätzlicher Buchbesprechungen beschließen das Heft, dem als besonderer Teil ein Mitteilungsblatt, enthaltend Anordnungen des Reichsrechtsamts und der Reichsführung des NS.-Juristenbundes sowie das Bundesleben widerspiegelnde Berichte enthält.

Aus dem BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront

Vier Arbeitsgemeinschaften des BNSDJ.

Zum Zwecke der einheitlichen Willensbildung auf den einzelnen Fachgebieten hat der Reichsjuristenführer die Fachgruppen des BNSDJ. zu vier Arbeitsgemeinschaften zusammengeschlossen, und zwar: die Reichsfachgruppen: Richter und Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Notare und Rechtspfleger zur Arbeitsgemeinschaft „Rechtspflege"; die Reichsfachgruppen: Hochschullehrer und Jungjuristen zur Arbeitsgemeinschaft „Fachwissenschaftliche Vorbildung"; die Reichsfachgruppe Verwaltungsjuristen bildet eine Arbeitsgemeinschaft „Verwaltungsrecht"; die Reichsfachgruppe Wirtschaftsrechtler die Arbeitsgemeinschaft „Wirtschaftsrecht" (vgl. Mitteilungsblatt zum Heft 11/12 des Zentralorgans des BNSDJ. „Deutsches Recht").

Dienststellung und Aufgabenbereich des Pressechefs der Deutschen Rechtsfront

Das als Beilage zu Heft 11/12 der Zeitschrift „Deutsches Recht" erschienene Mitteilungsblatt des BNSDJ. und des Reichsrechtsamtes der NSDAP. enthält auf S. 2 den Abdruck einer in Vertretung des Reichsjuristenführers von Reichsamtsleiter Dr. Raecke als dessen Stellvertreter und dem Pressechef der Deutschen Rechtsfront Dr. Freiherrn du Prel erlassenen Bekanntgabe v. 29. Mai 1935 über die Obliegenheiten des Pressechefs, die durch Anordnung des Reichsjuristenführers v. 13. Dez. 1933 geregelt sind. Diese Obliegenheiten umfassen:

a) Die Zusammenfassung der vom BNSDJ., seinen Fachgruppen und den der Deutschen Rechtsfront angeschlossenen Fachschaften und Verbänden herausgegebenen Zeitschriften, periodisch erscheinenden Druckschriften oder sonstigen im Druck erscheinenden Erzeugnissen unter eine einheitliche politische Leitung;

b) die Verbreitung der amtlichen Auslassungen und Erklärungen der Reichsführung des BNSDJ.;

c) die Fühlungnahme mit der Presse und den anerkannten Nachrichtenbüros sowie deren Vertretern innerhalb des Deutschen Reiches;

d) die Aufklärung der Öffentlichkeit über die Zwecke und Ziele des BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront;

e) die Versorgung der Öffentlichkeit mit Nachrichten über die Arbeiten und Veranstaltungen des BNSDJ. und der Deutschen Rechtsfront.

Des weiteren sind die Zuständigkeiten und Befugnisse des Pressechefs gegenüber den ihm sachlich unterstellten Personen und Dienststellen und der Dienstweg geregelt.

Erste Wirtschaftsprüferwoche über Gemeindeprüfungen

Vom 17. bis 22. Juni 1935 fand in Berlin eine Fachtagung über Gemeindeprüfungen statt, die vom Institut der Wirtschaftsprüfer in Gemeinschaft mit der Verwaltungs-Akademie Berlin durchgeführt wurde. Der Kreis der Vortragenden setzte sich aus namhaften Vertretern des Wirtschaftsprüferberufes, der Gemeinden und staatlicher Stellen zusammen. Der Sinn der Tagung war der, den Wirtschaftsprüfern einen Gesamtüberblick über Gemeindeverwaltung und Gemeindewirtschaft zu geben. Dies konnte am besten dadurch erreicht werden, daß die Stellen, deren Aufgabe die wirtschaftliche Betreuung der Gemeinden ist, sich selbst zu zahlreichen Einzelfragen äußerten. Die Wirtschaftsprüfer sollten hierdurch einen umfassenden Eindruck vom gemeindlichen Leben in all seinen Erscheinungsformen erhalten. Die Referate der Vertreter des Staates, der Ministerien, des Rechnungshofes usw. sollten die fachlichen Vorträge durch die Vermittlung politischer Einsichten und Impulse ergänzen und in einen großen und einheitlichen Rahmen stellen.

Dieser Vielfalt der Zielsetzung wurden der Aufbau und Inhalt der Tagung voll gerecht.

Der erste Tag brachte nach der Begrüßung der etwa 300 Versammlungsteilnehmer durch den Vorsitzenden des Instituts, Dr. Mönckmeier, sowie durch den Präsidenten des OVG., Staatsmin. Prof. Dr. Drews, die Ansprache des Staatssekr. im R.- u. PrMdJ., Dr. Grauert, „Staatsforderungen an die Gemeindeprüfung". Nach einem einleitenden Überblick über die Entwicklung der Gemeindeprüfung, besonders im Zusammenhang mit dem PrGemFinG., entwickelte Staatssekr. Dr. Grauert die Wechselwirkungen zwischen Volksgemeinschaft, Staatsführung und Prüfungswesen. Das Prüfungswesen gebe die Garantie dafür, daß der Staat seine verantwortungsvolle Aufgabe erfüllen kann, die Verwaltung der dem Staat eingegliederten Körperschaften nach den Grundsätzen von Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Sauberkeit zu führen. Der Staat muß vom Wirtschaftsprüfer vor allem verlangen, daß er die Gemeinde als eine

Einheit ansieht und daß er seine Prüfung in voller Unabhängigkeit durchführt. In diesem Zusammenhang brachte der Vortragende zum Ausdruck, daß der kürzlich in der Fachpresse erörterte Gedanke einer etwaigen Verbeamtung des Wirtschaftsprüferberufes abzulehnen sei. Ferner erwartet der Staat, daß die Prüfung in allen Zweigen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit beachtet. Zum Schluß betonte Staatssekretär Grauert die Bedeutung der Menschenerziehung im nationalsozialistischen Geist auch für das gemeindliche Prüfungswesen.

MinDir. Dr. Surén, ORegR. Dr. Loschelder, Oberbürgermeister Dr. Dr. Weidemann, Prof. Dr. Peters beschäftigten sich in ihren Vorträgen mit weiteren politischen und verfassungsrechtlichen Grundfragen des Gemeindeprüfungswesens. Hierbei wurden die wichtigsten Bestandteile des Gemeindeverfassungsrechts, des Gemeindefinanz- und Prüfungsrechts und die Grundsätze einer nationalsozialistischen Gemeindeführung in eindringlicher und das Wesentliche klar herausarbeitender Darstellung vorgetragen. Gerade die Beschäftigung mit diesen größeren Gesichtspunkten gab den anwesenden Wirtschaftsprüfern und Treuhändern einen eindringlichen Hinweis auf die Verflochtenheit ihrer Arbeit mit den großen politischen Zielsetzungen.

Eine große Anzahl weiterer bedeutsamer Vorträge[1]), die hier nur andeutungsweise gewürdigt werden können, beschäftigte sich alsdann mit wichtigen Einzelfragen der gemeindlichen Wirtschaftsgebarung und des gemeindlichen Prüfungswesens. Stadtkämmerer Dr. Hettlage schuf mit seinem Vortrag über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden den großen Rahmen für diese Vorträge. Es gelangten sodann mit großer Sachkunde zur Darstellung Fragen aus dem Prüfungsbereich des Reichsrechnungshofes (MinR. Dr. Spielhagen und Geh. Baurat a. D. Wirtschaftsprüfer Schubert), aus der Krafterzeugungswirtschaft (Dipl.-Ing. Schraeder), aus der Gastwirtschaft (Direktor Müller), aus dem Verkehrswesen (Dipl.-Ing. Bayer), Grundthemen des Rechnungswesens (Privatdozent Dr. Thoms, Dr. Rentrop) sowie die Prüfungsgrundsätze bei den einzelnen wirtschaftlichen Betätigungsarten der Gemeinden (WP. Raueiser, WP. Stützel, WP. Nicklaus). Besondere Erwähnung verdient noch der Vortrag von Bürgermeister Budde über die Erwartungen der Gemeinden von der Pflichtprüfung; zusammengefaßt wurde hier in klarer Weise dargelegt, daß die Prüfung der gemeindlichen Betriebe nicht nur in der Feststellung der formellen und materiellen Ordnungsmäßigkeit der Buchhaltung bestehen dürfe, sondern sich vor allem auf die kritische Untersuchung und Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Unternehmungen erstrecken müsse.

Die Vorträge wurden ergänzt durch Arbeitsgemeinschaften über praktische Revisionsfragen, sowie durch verschiedene Führungen durch kommunale Betriebe, so des Großkraftwerkes Klingenberg, des Gaswerkes Tegel und des Museums der Wasserwerke. Den Abschluß der Tagung bildete ein Besuch der Stadt Cottbus mit Vorträgen von Oberbürgermeister Dr. Haltenhoff und Direktor Dr. Dr. Finter über kommunale und betriebliche Fragen sowie mit einer Besichtigung der Städtischen Werke und der Textilfachschule. Eine gemeinsame Spreewaldfahrt vereinigte im Anschluß hieran die Teilnehmer zu kameradschaftlichem Beisammensein.

Der Institutsvorsitzende Dr. Mönckmeier und der Kursusleiter WP. Dr. van Aubel faßten in ihren Schlußansprachen nochmals den Sinn, die Bedeutung und die Ergebnisse der Tagung zusammen. Dr. Mönckmeier wies in seinem Schlußwort darauf hin, daß diese Tagung erneut gezeigt habe, daß dieses Prüfungsgebiet gerade durch den Wirtschaftsprüferberuf erfolgreich betreut werde, da seine Angehörigen die berufenen Erfahrungsvermittler zwischen allen Zweigen der Wirtschaft seien. Ferner habe die Zusammenarbeit der Wirtschaftsprüfer mit den staatlichen und gemeindlichen Prüfungseinrichtungen auf dieser Tagung deutlich gezeigt, daß aus der organisatorischen Gestaltung des gemeindlichen Betriebsprüfungswesens die Zusammenarbeit zwischen den beamteten und freiberuflichen Prüfern nicht mehr wegzudenken sei. Der Wirtschaftsprüfer sei in der Durchführung dieser Prüfungsaufgaben als Rechts- und Ordnungswahrer gegenüber der Wirtschaft wesentlicher Faktor der nationalsozialistischen Neuordnung von Staat und Wirtschaft.

Die politische Bedeutung dieser Tagung fand besonderen Ausdruck durch das Interesse der Öffentlichkeit an dieser Veranstaltung. So wurde der Institutsvorsitzende Dr. Mönckmeier während der Tagungswoche am 19. Juni 1935 vom Reichssender Berlin zu einem Zwiegespräch vor dem Rundfunk über die Aufgaben und den Aufbau der Wirtschaftsprüferwoche aufgefordert. Auch hier brachte Dr. Mönckmeier zum Ausdruck, weshalb gerade der Wirtschaftsprüferberuf für die Aufgaben der gemeindlichen Pflichtprüfung eingesetzt wird. Das Ergebnis seiner unabhängigen Prüfung ist die Grundlage für die Ordnungsmaßnahmen der staatlichen Aufsichtsbehörden. Dadurch übt der Wirtschaftsprüfer die Funktionen eines Rechtswahrers unmittelbar aus und ist mitverantwortlich für das Wohl des Ganzen.

[1]) Diese Vorträge werden im Herbst 1935 in der Schriftenreihe „Der Wirtschaftsprüfer" im Verlag Julius Springer, Berlin, erscheinen.

Schrifttum

Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. 1. Teil. Herausgegeben vom Reichsrechtsamt der NSDAP., Reichsleiter Dr. **Hans Frank.** 1.—3. Aufl. Berlin 1935. Deutsche Rechts- und Wirtschafts-Wissenschaft VerlagsGmbH. 43 S. Preis 0,90 *RM.*

Das Werturteil über die „Leitsätze" — wie überhaupt über jede Arbeit auf dem Gebiet des deutschen Rechts — ist in der Beantwortung der Fragestellung: Volksrecht oder Juristenrecht, nationalsozialistisches oder liberalistisch-bürokratisches Recht enthalten.

Hier ist ein in einheitlicher Geschlossenheit aus dem kämpferischen Geist der nationalsozialistischen Revolution geborenes Werk auf dem Gebiet des Strafrechts geschaffen worden, zugleich ein glänzender Beweis für die Möglichkeit einer wahrhaft gewaltigen Rechtsschöpfung. Noch niemals sind die Grundzüge eines nationalsozialistischen Strafrechts so klar und eindeutig, so geschlossen und kompromißlos aufgezeigt worden. Inhalt und Form bilden eine geschlossene Einheit. Die Sprache der „Leitsätze" ist einfach und schlicht, die Formung der Gedanken kurz und erschöpfend. Wieder einmal zeigt es sich, daß der Nationalsozialismus auf dem Gebiet des Rechts — wie auf allen Gebieten des Lebens — ebenso neu wie natürlich und einfach ist. Darauf beruht seine Volkstümlichkeit. Darum werden auch die „Leitsätze" im Volke verstanden werden.

Das Wesen der „Leitsätze" kommt in dem Glaubensbekenntnis des Vorspruches deutlich zum Ausdruck. Das neue deutsche Recht kann nur im Geiste der Gemeinschaft aus dem Wissen um Blut und Boden, Ehre und Treue geschaffen und gestaltet werden: „Verdirbt das Blut, dann stirbt das Volk, erlischt die Treue, dann zerfällt die Gemeinschaft." Hieraus wird der Grundgedanke des nationalsozialistischen Strafrechts abgeleitet: „Die Pflicht aus der Treue ist die höchste völkisch-sittliche Pflicht", d. h. auf das Strafrecht bezogen: strafbar ist die Treupflichtverletzung gegenüber der Volksgemeinschaft.

Liberalisten erblicken darin ein uferloses Verschwimmen der „Begriffe" — sie werden den Nationalsozialismus nie begreifen. Der Wesensunterschied zwischen dem alten und dem neuen Strafrecht besteht gerade in der Abkehr von dem Logisch-Konstruktiven zum Sittlich-Gefühlsmäßigen, in der Befreiung von der Kasuistik (Paragraphenwahn) zum Grundsätzlichen. Das bedeutet eine Verlagerung des Schwergewichts von der Rechtssatzung des Gesetzgebers zur Rechtsfindung des Richters (z. B. „Analogie") und führt von der formellen zu der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit.

Drei Grundsätze und Voraussetzungen einer nationalsozialistischen Rechtsgestaltung verdienen besondere Hervorhebung:

1. Das neue Deutsche Strafrecht muß, um des Volkes willen geschaffen und aus seiner Seele geschöpft sein.
2. Das Strafgesetz muß, weil es um des Volkes willen da ist, in seiner Fassung klar und volkstümlich sein und die Übereinstimmung mit dem völkischen Sittengefühl widerspiegeln.
3. Zur Neugestaltung des Strafrechts ist (ergänze: nur) der Nationalsozialismus berufen.

Diese elementaren Voraussetzungen sind bei den Frankschen Leitsätzen restlos erfüllt. Die einzelnen Auswirkungen und Folgerungen der „Leitsätze" sich zu erarbeiten, ist daher die Pflicht eines jeden deutschen Rechtswahrers und darüber hinaus eines jeden deutschen Volksgenossen, denn das Recht des Dritten Reiches ist keine Angelegenheit nur für Juristen, sondern eine Angelegenheit des ganzen deutschen Volkes.

Das Strafrecht ist nicht Selbstzweck, sondern nur eine Waffe im Kampf gegen begangene Treubrüche. Die viel wichtigere Vorbeugung durch Erziehung wird in den „Leitsätzen" mit aller Deutlichkeit erkannt (vgl. Abschnitt V).

Die NSDAP. als die vom Führer berufene Trägerin der nationalsozialistischen Weltanschauung und des Dritten Reiches schuldet ihrem Reichsrechtsamt und seinem Strafrechtsausschuß, vor allem aber den Parteigenossen Frank, Fischer, Barth und Waldmann, für dieses Werk tiefsten Dank, denn die „Leitsätze" enthalten nationalsozialistisches Volksrecht.

StA. Adami, Berlin.

Deutsche Verwaltung. Organ der Fachgruppe Verwaltungsjuristen des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen. Herausgeber: Der Reichsfachgruppenleiter Staatssekretär Dr. Stuckart. Erscheint monatlich. Jahrgang 12, Nr. 6. Berlin. Deutsche Rechts- und Wirtschafts-Wissenschaft Verlags-GmbH. Bezugspreis vierteljährlich 1,25 *RM*, Einzelnummer 0,50 *RM*.

Der Leitartikel des Heftes, der Aufsatz des Staatssekretärs Dr. Stuckart, Berlin, „Nationalsozialistischer Staat und Verwaltungsgerichtsbarkeit" ist in dem Aufsatz Reuß oben S. 2025 besprochen.

Emil Hedden: Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte in Preußen. Wesermünde 1935. Erschienen im Selbstverlage des Verfassers. Preis 8,50 *RM*, Folgelieferungen 4 *RPf* je Blatt.

In den vergangenen Jahrzehnten zeigte sich im organisatorischen Aufbau der preußischen Verwaltung eine charakteristische Tendenz zur Spezialisierung. Diese Tendenz führte zu einer stets zunehmenden Aufsplitterung des gesamten Verwaltungsapparates und desorganisierte so mehr und mehr den bis dahin straffen und einheitlichen Aufbau der allgemeinen Landesverwaltung. Mit Recht wurden gegen diese Entwicklung oft Bedenken erhoben. Sie komplizierte nicht nur bis zur Unübersichtlichkeit den Aufbau des Behördenwesens, sondern schädigte auch das Berufsethos des Beamten. Der Spezialbeamte, der nicht nur eine fachlich engbegrenzte Berufsarbeit verrichtet, sondern auch organisatorisch aus der zentralen Einordnung in einen einheitlichen staatlichen Verwaltungskörper herausgelöst ist, verliert allzu leicht die umfassende staatspolitische Blickweite, die dem preußischen Beamtentum stets zur Ehre gereicht hat.

Es ist daher kein Wunder, daß sich seit dem Anbruch des Dritten Reiches eine gegenläufige Tendenz geltend macht: der Tendenz zur Spezialisierung und zur Aufsplitterung des Verwaltungsapparates ist die Tendenz zur Rückgliederung der Sonderverwaltungen in die allgemeine Landesverwaltung entgegengesetzt worden (vgl. Köttgen, Die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Preußen: JahrbÖR. 1935, 290 ff.).

Immerhin hat die eingangs erörterte Entwicklung im gegenwärtigen Behördenaufbau noch deutliche Spuren hinterlassen. Bisweilen mutet es wie eine Geheimwissenschaft an, wenn man feststellen will, welche Verwaltungsbehörde oder welches Verwaltungsgericht in einem konkreten Falle zuständig ist und welche Behelfe im Einzelfall gegen behördliche Maßnahmen gegeben sind. In diesem Mißstand, der mit dem Fortschreiten der Verwaltungsreform hoffentlich bald überwunden wird, liegt die Berechtigung des vorliegenden Buches. Sein Verf. hat sich nämlich die enorme Mühe gemacht, in das Labyrinth der zahlreichen Zuständigkeitsnormen einen Ariadnefaden hineinzulegen, an Hand dessen man in tabellarisch-übersichtlicher Form leichter den erwähnten Orientierungssorgen entrinnen kann. Das Werk, das mit auswechselbaren Blättern versehen ist und durch jeweilige Nachlieferungen auf dem laufenden gehalten werden soll, gruppiert zunächst die von ihm behandelten einzelnen Stoffgebiete und teilt dann innerhalb dieser Abgrenzung der Materien die einzelnen Verwaltungsmaßnahmen nach dem „Gegenstand der Verfügung oder der Entscheidung", um alsdann jeweils unter der nächsten Rubrik die „Zuständige Behörde" und alsdann den etwa gegebenen „Rechtsbehelf" anzugeben. Ein eingehendes Inhaltsverzeichnis vervollständigt die technische Brauchbarkeit des Werkes.

Dem Verf. muß zugegeben werden, daß nach einem Werk der von ihm geschaffenen Art ein Bedürfnis besteht; auch die von ihm gewählte Technik ist im allgemeinen gut durchdacht. Gleichwohl dürfte er die Schöpferfreuden des Autors ein wenig übertreiben, wenn er in seinem Geleitwort selbst von der „Bedeutung" seines Werkes spricht und die von ihm gebotenen Erläuterungen mit dem epitheton ornans „beachtlich" ziert.

RA. Reuß, Berlin.

Die Verwaltungs-Akademie. Ein Handbuch für den Beamten im nationalsozialistischen Staat. Herausgegeben von Staatssekr. Dr. **Lammers** und Staatssekr. Dr. **Pfundtner**. Lieferung 13—16. Berlin 1935. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis je Lieferung 1 *RM*.

Von dem groß angelegten Werk, das der Schulung und Erziehung der Beamten des nationalsozialistischen Staates zu dienen in hervorragender Weise geeignet ist (vgl. JW. 1935, 272), erscheinen jetzt die Lieferungen 13 bis 16. Es würde zu weit führen, jeden einzelnen der im Gesamtwerk enthaltenen Aufsätze zu besprechen. Es sei hier nur auf den in Lieferung 13 abgedruckten umfassenden Aufsatz von MinR. Hanns Seel über das „Deutsche Beamtenrecht" hingewiesen, in dem in übersichtlicher Form die Spezialfragen des an und für sich unübersichtlichen Gebietes behandelt werden. In Lieferung 15 schreibt der Leiter der Auslandsorganisation der NSDAP., Gauleiter Bohle, über die Auslandsarbeit der NSDAP. unter den Auslandsdeutschen. Er beginnt mit einer Darstellung der Geschichte der NSDAP.-Gruppen im Ausland und schildert alsdann die Tätigkeit der Auslandsorganisation. Hierbei stellt er fest, daß jeder organisatorische Zusammenhang der Partei mit den fremdstaatlichen deutschen Volksgruppen im Ausland grundsätzlich abgelehnt wird. Dr. Fraunhofer, der Leiter des Amtes des Ständischen Aufbaues der NSDAP., berichtet über Wesen und Ziel des Ständischen Aufbaus und zeigt die Ansatzpunkte der ständischen Ordnung im Reichsnährstand, der Reichskulturkammer, der Deutschen Rechtsfront usw. L.

Die Rechtsprechung des Reichsdisziplinarhofs von Januar bis Dezember 1934, auf der Grundlage der Sammlung von Geh. Rat Dr. **Schulze** und Reichsgerichtspräsident i. R. Dr. **Simons**, fortgesetzt von Geh. RegRat **Fritz Foerster**, Ministerialrat im Reichs- u. Preuß. Ministerium des Innern. Berlin 1935. Verlag Franz Vahlen. Preis kart. 7,20 *RM*.

Die Entscheidungen des RDiszH. aus dem Jahre 1934 sind in diesem Bande enthalten. Die Begrenzung auf ein Jahr, die schon für die Jahre 1932 und 1933 eingeführt worden ist, ist beibehalten worden, um die Entscheidungen der Öffentlichkeit schneller zugänglich zu machen. Dies ist an sich begrüßenswert; jedoch scheint mir eine strengere Sichtung des für die Allgemeinheit wirklich bedeutsamen Rechtsprechungsmaterials erwägenswert. Man kann sich bei Durchsicht des Werkes des Eindrucks nicht erwehren, daß manches minder Wichtige, rein Tatsächliche, hätte fortfallen können, da es für die interessierten Kreise, insbes. die Behörden, Dienststrafgerichte und Beamtenrechtler, kein bedeutsames Material enthält. Vorbildlich möchte ich in dieser Hinsicht die Veröffentlichungen des PrOVG. bezeichnen, die sich darauf beschränken, nur solche Disziplinarentscheidungen zu bringen, die in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht wirklich neue und wesentliche Gesichtspunkte enthalten. Es könnten dann auch die Entscheidungen des RDiszH. in Abständen von etwa zwei bis drei Jahren in einer geschlossenen Sammlung veröffentlicht werden. Dies wäre um so mehr angezeigt, als ja diejenigen Entscheidungen, die namentlich in rechtlicher Hinsicht Wichtiges bringen, schon kurze Zeit nach ihrer Verkündung in verschiedenen Zeitschriften, z. B. in der JW., dem RVerwBl., der DRZ., der DJZ. usw., veröffentlicht zu werden pflegen.

Im übrigen ist anzuerkennen, daß die Entscheidungssammlung sich durch gute systematische Gliederung, die ein schnelles Zurechtfinden ermöglicht, auszeichnet. Auch sind sehr wertvoll die kritischen Anmerkungen und Verweisungen des Herrn Herausgebers.

LGPräs. Prof. Dr. Brand, Duisburg.

Deutsches Steuerblatt — ausgestaltet als Praktischer Steuerdienst. Monatsschrift für das gesamte Steuerrecht (ohne Zölle und Verbrauchsteuern). 18. Jahrgang. Schnellkarteiform. Lieferung 4—6. Köln 1935. Verlag Dr. Otto Schmidt. Vierteljährlich 3,75 *RM*.

In den Monaten April, Mai und Juni ist je eine Lieferung des JW. 1935, 1480 besprochenen DStBl. in der neuen Schnellkarteiform erschienen. Unter dem Stichwort „Tagesfragen" sind eine Fülle von akuten Themen (Kirchensteuersenkung, Steuervergünstigung für Ledige über 55 Jahren, Beiträge an Bausparkassen, Hebung der Steuermoral u. a.) in knapper Form erörtert, während im „Sichtwerk" zahlreiche größere Abhandlungen zu steuerrechtlichen Fragen wiedergegeben sind.

Wille und Macht. Führerorgan der nationalsozialistischen Jugend. Halbmonatsschrift. Heft 12. Herausgegeben von der Reichsjugendführung. Berlin. Deutscher Jugendverlag. Einzelpreis 30 *RPf*.

Das Führerorgan der nationalsozialistischen Jugend „Wille und Macht" bringt in seinem 12. Heft aus dem Jahre 1935 u. a. eine hervorragend geschriebene Abhandlung von Hermann Salz über den verstorbenen Marschall Pilsudski. Unter dem Titel „Das tote Herz" würdigt der Verf. das Leben des großen Toten, des Begründers des heutigen Polen. Mit zu Herzen gehenden Worten zeigt er die menschliche und staatsmännische Größe dieses Volksführers und Staatsschöpfers. K.

Rechtsprechung

Reichsgericht: Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. In der Rspr. des RG. ist anerkannt, daß eine Vereinbarung, die ein Verkäufer mit dem Bevollmächtigten des Käufers zur Begünstigung des Bevollmächtigten trifft, das Kaufgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig macht, wenn sich der Bevollmächtigte dadurch zum Schaden seines Geschäftsherrn beeinflussen läßt und der Verkäufer diesen von ihm erkannten Vertrauensmißbrauch zum Nachteil des Vertragsgegners ausnutzt (Warn. 1928, 35; RGZ. 134, 43 = JW. 1932, 930; 136, 359 = JW. 1932, 2704).

(U. v. 29. März 1935; V 415/34. — Berlin.) [v. B.]

*

2. § 141 BGB. Bestätigung nach § 141 BGB. setzt neben Bestätigungsabsicht Kenntnis oder Annahme der Möglichkeit der Nichtigkeit voraus. Mittelbare Anwendung von § 141 BGB.

Die Annahme einer Bestätigung eines nichtigen Geschäfts nach § 141 BGB. setzt neben der Bestätigungsabsicht die Kenntnis von der Nichtigkeit oder Annahme der Möglichkeit der Nichtigkeit voraus. Die Parteien haben den mündlichen Kaufvertrag über 8 Morgen Land von 1920 i. J. 1922 wiederholt. Sahen sie jenen als nichtig an, so greift § 141 BGB. und damit die Vermutung aus Abs. 2 unmittelbar Platz. Sahen sie ihn aber für gültig an und wollten sie den vermeintlich schon bindenden, zum großen Teil ja auch schon ausgeführten, Vertrag lediglich notariell aufzeichnen, so ist die Rechtsfolge die gleiche, so daß man von mittelbarer Anwendung des § 141 BGB. sprechen mag (vgl. RGZ. 115, 6 = JW. 1927, 965 und Urt. v. 15. Dez. 1928, V 680/27: AufwRspr. 1929, 104; abgedr. auch JW. 1929, 731[3] und Seiler, AufwF. Nr. 1514, sowie in Bd. XI S. XV angef. Fälle). Hiernach ist dem BG. im Ergebnis darin beizustimmen, daß die Parteien sich das gewähren müssen, was sie bei sofortiger Gültigkeit des Vertrags gehabt hätten.

(U. v. 15. Febr. 1935; V 345/34. — Breslau.) [v. B.]

*

3. §§ 242, 320, 326 BGB. Es müssen immer besondere Umstände vorliegen, wenn der Verzug mit einer geringfügigen Teilleistung dennoch als eine so schwere Vertragsverletzung erscheinen soll, daß es wider Treu und Glauben und wider die Verkehrssitte verstößt, wegen dieses Verzuges vom Vertrage zurückzutreten.

Die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenverpflichtungen ist dem geschriebenen Recht fremd. Sie ist in Schrifttum und Rspr. herausgearbeitet und dahin gewertet worden, daß Verzug mit einer Nebenverpflichtung die Anwendung des § 326 BGB. nicht begründen kann. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß i. S. des § 320 Abs. 2 BGB., in dem von teilweise bewirkter Leistung schlechthin — ohne Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung — gesprochen wird, ein Rückstand der einen Partei mit einer begrifflich als Hauptleistung anzusprechenden Leistung für die andere Partei auch bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils stets ein unbeschränktes Leistungsverweigerungsrecht und zutreffendenfalls ein Recht zum Rücktritt vom ganzen Vertrage begründet. Wenn andererseits § 435 BGB. den Verkäufer verpflichtet, selbst nicht bestehende eingetragene Rechte im Grundbuch zur Löschung zu bringen, so darf daraus nicht gefolgert werden, daß wegen Bestehens eines sachlich auch noch so unbedeutenden eingetragenen Rechts der Käufer von einem im übrigen bereits erfüllten Vertrage unter den Voraussetzungen des § 326 BGB. stets zurücktreten dürfe. Vielmehr ist anerkannten Rechtes, daß in entsprechender Anwendung des § 320 Abs. 2 ein Rücktritt auf Grund des § 326 BGB. überhaupt unstatthaft ist, wenn der Schuldner nur noch mit einer verhältnismäßig so geringfügigen Teilleistung (sei es Haupt- oder Nebenleistung) im Verzuge ist, daß der Rücktritt einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen würde (RGZ. 76, 150 = JW. 1911, 580; Urt. v. 16. Febr. und 22. Mai 1933, VI 209/32 und VI 70/33 = JW. 1933, 2274; RGRKomm., Bem. 1c und 4 zu § 326; Bem. 1 zu § 435; Enneccerus-Lehmann[11], § 107 Anm. 8). Wie grundlegend in RGZ. 76, 150 ausgeführt ist, enthält zwar § 326 keine dem § 320 Abs. 2 BGB. entsprechende Vorschrift. Das schließt aber nicht aus, der letztgenannten Vorschrift, die einen allgemeinen Rechtsgedanken ausspricht und deshalb ausdehnender Auslegung zugänglich ist, auch im Anwendungsbereich des § 326 Geltung zu verschaffen. Auch das Recht zum Rücktritt wegen Verzuges des Gegners darf nur im Rahmen der das gesamte Schuldrecht beherrschenden Vorschrift im § 242 BGB. ausgeübt werden. Danach sind gegenseitige Verträge beiderseits so zu erfüllen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Diesem Grundgesetz des geltenden Rechts würde es ebenso wie der die Wahrung bestehender Verträge gebietenden Vertragstreue widerstreiten, wenn der nichtsäumigen Partei verstattet würde, bei Verzug des Gegners mit einem verhältnismäßig unerheblichen Teil der Leistung schlechthin von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Das BGB. bringt auch sonst durch eine Reihe von Vorschriften zum Ausdruck, daß wegen geringfügiger Vertragsverletzungen nicht schon der ganze Vertrag umgestoßen werden dürfe (§§ 459 Abs. 1 S. 2, 468 S. 2, 542 Abs. 2, 616, 634 Abs. 3, 351). Deshalb müssen immer besondere Umstände vorliegen, wenn der Verzug mit einer geringfügigen Teilleistung dennoch als eine so schwere Vertragsverletzung erscheinen soll, daß es nicht wider Treu und Glauben und wider die Verkehrssitte verstößt, wegen dieses Verzuges vom Vertrag zurückzutreten.

(U. v. 15. März 1935; V 503/34. — Berlin.) [v. B.]

*

4. §§ 254, 839 BGB.

I. Auch wenn der Beamte bewußt die ihm obliegenden Pflichten verletzt und seine Stellung zu privaten, eigennützigen Zwecken mißbraucht, tritt eine Haftung nach § 839 BGB. ein.

II. In den Fällen, wo der Täter den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat, ist eine bloße Fahrlässigkeit des Geschädigten grundsätzlich nicht geeignet, die Ersatzpflicht nach § 254 BGB. herabzumindern.

Der Grundbuchhilfsbeamte W. in S. hat die Kl. geschädigt, indem er sich bei ihr durch die Vorspiegelung hypothekarischer Sicherheiten, die aber in Wahrheit nicht bestanden, Kredit verschaffte. Die Kl. verlangte vom Bekl. Schadensersatz in Höhe dieses Betrages, weil der Schaden durch vorsätzliche Amtspflichtverletzungen des W. in seiner Eigenschaft als Grundbuchbeamter herbeigeführt worden sei. Der Bekl. bestritt, daß W. bei den zum Nachteil der Kl. verübten Fälschungen als Beamter gehandelt habe, und berief sich auf überwiegendes Verschulden der Kl., deren Vertreter bei gehöriger Aufmerksamkeit die Fälschung hätten entdecken müssen.

I. Die Kl. kann den Bekl. für den ihr durch die Handlung des W. zugefügten Schaden nur dann nach § 12 GBO. i. Verb.

m. Art. 4 Abs. 3 BadAGBGB. haftbar machen, wenn der Schaden entstanden ist durch die Verletzung von Pflichten, welche dem W. in seiner Eigenschaft als eines Grundbuchbeamten oblagen. Das BG. nimmt als solche, für den der Kl. entstandenen Schaden ursächliche Amtspflichtverletzung die Ausstellung der beiden falschen Eigentums- und Lastenzeugnisse über die in Wahrheit nicht eingetragenen Höchstbetragshypotheken, sowie die Anfertigung des falschen Grundschuldbriefes an.

Die Rev. des Bekl. wendet sich ohne Grund gegen die Annahme, W. habe die ihm als Grundbuchbeamten obliegenden Pflichten verletzt. Haben zwar nach § 6 Abs. 4 BadAGGBO. die Hilfsbeamten der staatlichen GBA. bei Abwesenheit des Grundbuchbeamten Eigentums- und Lastenzeugnisse auszustellen, so hat doch W. die Zeugnisse nicht mit seinem Namen unterschrieben, er ist also nicht als Aussteller aufgetreten. Verletzt hat er aber die ihm obliegende Amtspflicht, die Formblätter, welche ihm in seiner grundbuchamtlichen Eigenschaft zur Verfügung standen, nur zu rechtmäßigen Zeugnissen zu verwenden, und sie nur dem wahren Grundbuchstand entsprechend auszufüllen. Er hat hinsichtlich dieser Zeugnisse weiter die aus seiner Eigenschaft als Grundbuchhilfsbeamter allgemein entspringende Pflicht verletzt, nur echte Urkunden aus der Dienststelle herausgehen zu lassen. Gleiches gilt für die Ausstellung des falschen Grundschuldbriefs. Auch hier hat W. seine Grundbuchbeamtenpflichten verletzt, indem er ein ihm amtlich zur Verfügung stehendes Formblatt mit falschem Inhalt versehen und die gefälschte Urkunde in den Verkehr gebracht hat.

Wenn die Rev. meint, das BG. sei über den Einwand hinweggegangen, W. habe in eigener Angelegenheit überhaupt nicht als Beamter handeln können und wollen, so ergibt sich dies Vorbringen als von vornherein unbeachtlich. Der Beamte, welcher betrügt und fälscht, ist sich selbstverständlich klar darüber, daß er keine Amtshandlung ausführt. Aber er hat es doch auch nicht in der Hand, eigenmächtig die oben gekennzeichneten Pflichten abzustreifen, die amtlich in seiner Hand befindlichen Dinge nur rechtmäßig zu verwenden und nichts Falsches herauszugeben. Daran, daß W. diese Pflichten bewußt verletzt hat, ändert der Umstand nichts, daß dies zu eigennützigen privaten Zwecken geschehen ist. Dabei kommt es ferner nicht an auf die Erwägung des OLG., eine Person, nicht in Grundbuchbeamtenstellung, hätte eben diese Taten kaum mit Aussicht auf Erfolg begehen können. Hätte auch ein Nichtbeamter sich die für die Fälschung nötigen Mittel und Kenntnisse verschaffen und dann in gleicher Weise fälschen können, so ändert das nichts an der Tatsache, daß in dem zur Beurteilung stehenden Fall W. die Fälschungen unter vorsätzlicher Verletzung gerade seiner Grundbuchbeamtenpflichten verübt hat, daß auch diese Amtsverfehlungen ein wesentlicher Teil der Gesamthandlung und mitursächlich für den Schaden der Kl. waren (vgl. zur Frage der Amtspflichtverletzungen: RGZ. 66, 107 = JW. 1907, 395; 84, 94; 104, 286; 126, 32 = JW. 1930, 1925). Daraus ergibt sich die Schadenshaftung des Beklagten.

II. Begründet aber ist die Rev. der Kl., welche sich dagegen wendet, daß in Anwendung des § 254 BGB. der Kl. die Hälfte des Schadens auferlegt worden ist. Das BG. hat den in der Rspr. zutreffend aus § 254 BGB. entwickelten Satz nicht beachtet, daß in Fällen, wo der Täter den Schaden vorsätzlich herbeigeführt hat, eine bloße Fahrlässigkeit des Geschädigten regelmäßig nicht geeignet ist, die Verpflichtung dieses auszulösen, einen Teil des Schadens auf sich zu nehmen, daß dies vielmehr nur bei Vorliegen ganz besonderer Ausnahmezustände der Fall ist (RGZ. 69, 277, 281 = JW. 1908, 717; 76, 313, 323 = JW. 1911, 717; 130, 1, 6 = JW. 1930, 3543). Dem Bekl., der an der Stelle des Täters W. steht, ist dessen Handeln voll als vorsätzliches anzurechnen. Demgegenüber kommt ein Verhalten der Kl. in Betracht, das vom BG. als „eine erhebliche Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" bezeichnet wird.

Nach dem Sachverhalt ist noch keine derart schwerwiegende Unvorsichtigkeit der Kl. gegeben, daß ihr Verhalten gegenüber den vorsätzlichen Fälschungen des W. eine die Ersatzpflicht des Bekl. herabmindernde Einwendung aus § 254 BGB. rechtfertigen könnte. Demzufolge bleibt die Haftung des Bekl. für den vollen der Kl. entstandenen Schaden bestehen.

(U. v. 16. Jan. 1935; V 278/34. — Karlsruhe.) [v. B.]

*

5. § 823 BGB.; § 17 KraftfG. Ein mit 40 km fahrendes Fahrzeug zu überholen, im nächsten Augenblick aber plötzlich vor ihm anzuhalten, ist ein ganz ungewöhnliches, leichtsinniges und von dem überholten nicht zu erwartendes Verhalten. †)

Das BG. gelangt zu dem Ergebnis, daß folgender Hergang als erwiesen angesehen werden könne: Der Bekl. habe mit einer Geschwindigkeit von 45—50 km/st den mit etwa 40 km/st fahrenden Kl. auf der freien und übersichtlichen Fahrbahn überholt. Nachdem der Bekl. bis auf etwa 7—13 m Abstand vorausgefahren sei, habe er auf der rechten Straßenseite stark die Bremsen betätigt, so daß sein Wagen auf eine Entfernung von 15—18 m zum Stehen gekommen sei. Der Kl. habe die Absicht des Bekl., anzuhalten, nicht rechtzeitig wahrgenommen, weil er nicht auf die Fahrbahn geachtet, sondern nach rechts geschaut habe, und habe die Gefahr erst bemerkt, als der Wagen etwa 3 m vor ihm zum Stillstand gekommen sei. Er habe weder rechtzeitig sein Motorrad zum Halten bringen noch an dem Wagen vorbeifahren können, so daß er auf den rechten hinteren Kotflügel aufgefahren sei.

Mit Recht bemängelt die Rev. die Ausführungen des BG. über mitwirkendes Verschulden des Kl. als rechtsirrig. Das BG. nimmt an, der Kl. habe die im Verkehr erforderliche Aufmerksamkeit außer acht gelassen; denn er habe nicht damit gerechnet, daß der vorausfahrende Wagen des Bekl. seine Geschwindigkeit verringern und anhalten werde. Er habe die Fahrbahn und den Wagen des Bekl. für eine kurze Zeitspanne aus dem Auge gelassen, so daß er — für ihn voraussehbar — die Verringerung seines Abstandes von dem Wagen des Bekl. und dessen hierdurch offenbar werdende Absicht, anzuhalten, nicht bemerkt und — ebenfalls für ihn voraussehbar — keine Gegenmaßnahmen (Bremsen oder links überholen) zur Verhütung des Auffahrens mehr habe ergreifen können. Ob das BG. mit Recht verneint, daß der Kl. noch die sog. Schrecksekunde für sich in Anspruch nehmen könne, kann unerörtert bleiben, da ja festgestellt ist, daß es, als der Kl. nicht mehr zur Seite blickte, für Gegenmaßnahmen schon zu spät gewesen sei, und das BG. ein Verschulden des Kl. nur in seinem Verhalten vor diesem Zeitpunkt erblickt. Aber das BG. überspannt die Anforderungen, die an die Aufmerksamkeit des Kraftfahrzeugführers, der gerade von einem schneller fahrenden Fahrzeug überholt worden ist, gestellt werden müssen. Es kann von dem Kraftfahrer nicht verlangt werden, daß er ohne jede Unterbrechung auf die Fahrbahn und auf einen Wagen sieht, der ihn eben überholt und sich mit seiner größeren Geschwindigkeit vor ihn gesetzt hat. Der Kraftfahrer muß sogar ständig auch das Gelände zu beiden Seiten seiner Fahrbahn mit ihm im Auge behalten, um zu sehen, ob er nicht etwa auf irgendein von dort kommendes Ereignis Rücksicht nehmen muß (Fußgänger, spielende Kinder, Hunde usw.). Selbstverständlich darf der Kraftfahrer seine Fahrbahn nicht lange aus dem Auge lassen. Aber das BG. stellt auch nichts davon fest, daß der Kl. lange weggesehen habe, sondern spricht nur von einer „kurzen Zeitspanne". Ein solches kurzes Zurseiteblicken bedeutet in einer Lage, in der der Kraftfahrer nicht gerade mit der Möglichkeit eines gefährlichen Ereignisses zu rechnen hat, keinen Mangel an Aufmerksamkeit. So aber war die Lage für den Kl. Ein mit etwa 40 km auf freier Landstraße fahrendes Fahrzeug zu überholen und sich mit der eigenen größeren Geschwindigkeit vor das überholte Fahrzeug zu setzen, im nächsten Augenblick aber plötzlich mit scharfem Bremsen vor ihm anzuhalten, wie es der Bekl. getan hat, ist ein ganz ungewöhnliches, leichtsinniges und von dem Überholten nicht zu erwartendes Verhalten. Wer, wie der Kl. es getan hat, unter Beibehaltung der eigenen Geschwindigkeit dem schnelleren Überholer folgt, also auf freier Land-

straße annehmen darf, daß der Vorsprung des Überholenden schnell größer werden wird, der braucht nicht, um noch schneller ausreichenden Abstand zu gewinnen, seine Geschwindigkeit zu ermäßigen, sobald er überholt worden ist, sondern darf unbedenklich seine Geschwindigkeit beibehalten. Daß etwa im vorl. Fall der Kl. auf der noch während des Überholtwerdens frei zu überblickenden Landstraße irgend etwas gesehen habe, was den Überholer zu plötzlichem Anhalten hätte nötigen können, ist nicht festgestellt. Wenn der Kl. daher in diesem Augenblick, als der schnellere Überholer schon einen Vorsprung von etwa zwei Wagenlängen gewonnen hatte, den Überholer einen Augenblick aus dem Auge gelassen hat, um einen kurzen Blick zur Seite zu werfen, so kann darin keine Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt gefunden werden. Nach dem festgestellten Sachverhalt trifft also den Kl. kein Verschulden an der Entstehung des Unfalls.

(U. v. 25. März 1935; VI 438/34. — Karlsruhe.) [H.]

Anmerkung: Die Entsch. ist ebenso richtig wie der vorangestellte Leitsatz; trotzdem regt die Begründung zu einer gewissen Kritik an.

Das RG. befaßt sich fast ausschließlich mit Tatsachenwürdigung; ob etwas vom fahrtechnischen Standpunkt aus betrachtet richtig oder falsch ist, weiß der Jurist als solcher nicht; denn es handelt sich dabei um Dinge, deren Kenntnis man bei einem gebildeten Menschen voraussetzen kann. Lediglich der Praktiker, der selbst jahrelang am Steuer eines Kraftfahrzeuges die Gefahren des Verkehrs, vielleicht sogar am eigenen Leibe erfahren hat, ist zu einem Urteil hierüber berufen. Der Richter, auch wenn er selbst ein Fahrzeug lenkt, sollte daher stets die Meinung eines zuverlässigen Fahrers — ich sage absichtlich nicht Sachverständigen — einholen und sich von ihm darüber belehren lassen, was er selbst unmöglich wissen kann. Daher hätte auch das BG. gut daran getan, sich nicht nur auf seine eigene Sachkunde zu verlassen; denn was als Inhalt der Gründe des Vorurteils angegeben wird, kann niemals die Zustimmung von Sachkennern finden; in den Ausführungen des RGUrteils kann man auch zwischen den Zeilen lesen, daß es dem Kl., wenn er nur auch Berufung und Revision eingelegt hätte, seinen vollen Schaden zugesprochen hätte. Und das mit vollem Recht.

Wer ein anderes Kraftfahrzeug überholt, bekundet damit, daß er sich schneller vorwärtsbewegen will und kann als der Überholte. Deshalb kann und braucht der Überholte nicht damit zu rechnen, daß der Überholende ganz plötzlich seinen Entschluß wieder ändert. Es kann selbstverständlich vorkommen, daß ganz unvorhergesehen ein Hindernis vor dem Überholenden auftaucht, das ihn zwingt, plötzlich zu halten; wie dann zu entscheiden ist, hängt ausschließlich von den Umständen ab; so lag es hier aber nicht. Wollte der Bekl. alsbald nach der Überholung halten, so mußte er das Überholen selbst unterlassen, sondern hinter dem Kl. bleiben, zumal er dadurch nur 2 bis 3 Sekunden Zeit verlor. Das Verhalten des Bekl., wie es als feststehend zu erachten ist, ist vom Fahrerstandpunkt aus betrachtet nicht nur unkameradschaftlich, sondern im höchsten Maße rücksichtslos und unverantwortlich. Demgegenüber scheidet nach meiner Auffassung die Überlegung, ob der Kl. durch irgendwelche Maßnahmen den Zusammenstoß hätte verhindern können, gänzlich aus; abgesehen davon, daß die Entfernung zwischen den beiden Fahrzeugen viel zu gering war, um ein Berühren zu vermeiden, ist stets daran zu denken, daß der Bekl. es gewesen ist, der die Ursachen für die Entstehung der Gefahr gesetzt hat, und daß es seine Sache gewesen wäre, zu beweisen, wie der Kl. ihr mit Erfolg hätte entgehen können; dazu reicht das vom Bekl. Vorgebrachte niemals aus.

Das RG. erklärt ferner, ein überholtes Kraftfahrzeug brauche seine Geschwindigkeit nicht zu ermäßigen, sobald es überholt sei, sondern dürfe unbedenklich seine Geschwindigkeit beibehalten.

Das halte ich in seiner Allgemeinheit für falsch; auch hier möchte ich darauf hinweisen, daß es sich um Dinge handelt, die der Jurist als solcher nicht kennt. Ich bin überzeugt, daß alle vorsichtigen Kraftfahrer diesem Grundsatz des RG. nicht folgen. Ich bin ferner überzeugt, daß im vorl. Fall auch der Kl., ohne sich vielleicht dessen bewußt geworden zu sein, in dem Augenblick, als das überholende Kraftfahrzeug neben ihm erschien, Gas weggenommen und seine Fahrt verringert, sie aber auf die bisherige Geschwindigkeit wieder erhöht hat, als der Bekl. mit seinem Wagen vorbei war, von dem er allerdings ein plötzliches Halten nun und nimmer mehr erwarten konnte.

Denn eine alte Erfahrung lehrt, daß der Überholte gewöhnlich erst im allerletzten Augenblick das überholende Fahrzeug bemerkt, ihm Platz zum Überholen nach der Seite und nach vorn macht und machen muß und dadurch auch ganz ungewollt seine Geschwindigkeit verringert.

Es gibt nun allerdings viele Fahrer, die es nicht verwinden können, wenn ein anderer schneller fährt als sie selbst und die infolgedessen versuchen, ihre Geschwindigkeit zu erhöhen und den anderen nicht vorbeizulassen. So etwas ist gefährlich und taktlos; kommt es infolgedessen zu Unfällen, so ist allein der Überholte schuld daran.

RA. Dr. Bruno Louis, Hamburg.

*

6. § 831 BGB. Bei der Auswahl eines Kraftfahrzeugführers dürfen Zeugnisse und Probefahrten nicht allein entscheiden.

I. Auch unvermutete Kontrollen des Kraftfahrzeugführers durch den Halter oder dessen Beauftragten sind nicht zu entbehren und jedenfalls dem Halter, der Kraftfahrzeuge in seinem Gewerbebetriebe verwendet, auch zuzumuten (ständige Rspr. des erk. Sen. u. a. RGZ. 128, 154 = JW. 1930, 2849; JW. 1932, 3706[4]; 1933, 2949[1]; Urt. v. 6. Okt. 1932, VI 134/32; v. 6. März 1933, VI 394/32 und v. 1. Febr. 1934, VI 396/33).

II. Den den Kraftfahrzeugführern ausgestellten Zeugnissen wohnt nur ein sehr beschränkter Wert für die Beurteilung der Leistungen und der sittlichen Eigenschaften der Zeugnisinhaber inne, weil die Arbeitgeber in unangebrachter Schonung der Arbeitnehmer den letzteren ungünstige Wahrnehmungen vielfach verschweigen (vgl. u. a. Urt. v. 2. Juli 1934, VI 148/34).

III. Probefahrten sind gewiß zweckmäßig, aber ausschlaggebendes Gewicht darf ihnen nicht beigelegt werden, weil ein Kraftfahrzeugführer, der, um seine Anstellung zu erlangen, unter der Aufsicht seines künftigen Arbeitgebers fährt, selbstverständlich sich zusammennehmen und ordnungsmäßig steuern wird (vgl. Urt. v. 2. Juli 1934).

(U. v. 29. April 1935; VI 558/34. — Berlin.) [H.]

*

7. § 839 BGB. Nach der Rechtsprechung des RG. ist zwar der Notar nicht der wirtschaftliche Vormund der ihn amtlich in Anspruch nehmenden Personen und braucht sie nicht stets zu warnen. Er muß sich jedoch immer von der Geschäftsgewandtheit und Einsicht der Erschienenen überzeugen, ihren wirklichen Willen erforschen, auch durch zweckentsprechende Rechtsbelehrung auf dessen einwandfreie Feststellung hinwirken und das selbst dann tun, wenn die betreffenden Personen geschäftsgewandt sind (vgl. aus neuester Zeit Urt. v. 8. Jan. 1935, III 238/34 = JW. 1935, 1688[6] nebst Nachweisungen und die im RGRKomm. zum BGB., 8. Aufl., § 839 Anm. 4i angezogenen Entsch.).

(U. v. 5. März 1935; III 258/34. — Naumburg.) [v. B.]

*

8. § 839 BGB. Die Gemeinde haftet für die Zuverlässigkeit einer vom Gemeindevorsteher in amtlicher Eigenschaft erteilten Bescheinigung über die fachliche Tüchtigkeit und gute Führung eines Gemeindemitgliedes.

Im Sommer 1928 beauftragte der Kl. den Maurer H. mit der Ausführung eines Neubaues. H. hat die Prüfung als Maurermeister nicht abgelegt, er hat aber in den Jahren 1919 und 1920 eine Anzahl Bauten selbständig ausgeführt. In der Folgezeit hat er bis zum Jahre 1928 nicht mehr selbständig gebaut. Zur Bewerbung um die Erlangung von Bauaufträgen hat sich H. von dem Gemeindevorsteher der verkl. Gemeinde folgende Bescheinigung ausstellen lassen:

„Der Bauunternehmer H. ist ein tüchtiger Geschäftsmann und Handwerker. Derselbe ist als tüchtiger Geschäftsmann zu empfehlen. Auch hat er sich in H. gut geführt.

H., den 13. April 1928 Der Gemeindevorsteher
gez.: Unterschrift."

Der Unterschrift ist der Stempel der Gemeinde H. beigefügt.

Der Kl. behauptet, er habe unter mehreren Bauangeboten dasjenige von H., das sich etwa in der Mitte der Kosten gehalten habe, nach Vorlage der Bescheinigung v. 13. April 1928

und gerade mit Rücksicht auf die darin bezeugte Tüchtigkeit des H. als Geschäftsmann und Handwerker und seine gute Führung ausgewählt.

H. hat den Bau auch hochgeführt, bekam dann aber Anstände wegen der Bauausführung, und im November stürzte das Dach infolge unsachgemäßer Ausführung der Giebelmauern und des Dachverbandes ein. Dem H. wurde von der Baupolizei die Weiterführung des Baues vorläufig verboten.

In einem Vorprozeß hat der Kl. gegen H. auf Leistung von Schadensersatz geklagt, hat auch einen vollstreckbaren Titel erwirkt, hat jedoch wegen Unpfändbarkeit des H. keinen Ersatz zu erlangen vermocht.

Der Kl. nimmt daher die Gemeinde H. gem. Art. 131 RVerf. 1919 § 839 BGB. auf Ersatz seines Schadens unter dem Vorbringen in Anspruch, der Gemeindevorsteher habe die amtliche Bescheinigung v. 13. April 1928 fahrlässig falsch ausgestellt. H. sei kein Bauunternehmer und sei schwer vorbestraft, u. a. wegen Diebstahls mit Gefängnis und Zuchthaus. Der Gemeindevorsteher habe die Bescheinigung nur ausgestellt, um H. als Unterstützungspflichtigen loszuwerden. Die Vorstrafen H.s seien ihm bekannt gewesen; er hätte sie auch durch Rückfrage beim Amt feststellen können und müssen.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das OLG. den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Rev. der Bekl. hatte keinen Erfolg.

Die Rev. der Bekl. bekämpft in erster Reihe den Ausspruch des BG., ein Mitverschulden des Kl. an dem ihm entstandenen Schaden sei zu verneinen, und die Begründung dieser Annahme, wenn eine amtliche Stelle über die fachliche Tüchtigkeit und die Führung einer Person Auskunft gebe, könne sich jeder Dritte darauf verlassen. Sei die die Auskunft erteilende Stelle nicht selbst sachkundig, so müsse angenommen werden, daß sie die Auskunft auf Grund von Erkundigungen an sachkundiger Stelle gegeben habe. Der Rev. mag zugegeben werden, daß sich dieser Grundsatz nicht aus einer gesetzlichen Bestimmung und namentlich nicht unmittelbar aus § 254 BGB. herleiten läßt. Er entspricht aber der allgemeinen Lebenserfahrung und verletzt jedenfalls keine Rechtsnorm, steht übrigens auch im Einklang mit der Rspr. (RG.: JW. 1934, 2037 [2039] mit Nachweisungen; RGUrt. v. 14. Febr. 1933, III 304/32). Dafür, daß der BerR. bei der Entsch. des vorl. Falles auf die besondere Sachlage und auf die Stelle, von der die Bescheinigung ausgeht, ferner auf die Form der Bescheinigung keine oder nicht die gebotene Rücksicht genommen hätte, fehlt es an jedem Anhaltspunkt. Das angefochtene Urt. stellt ausdrücklich fest, zur Ausstellung solcher polizeilichen Zeugnisse wie des vorliegenden sei der Gemeindevorsteher einer westfälischen Landgemeinde unter Aufsicht des Amtsbürgermeisters als dessen Organ und Hilfsbehörde befugt, und belegt diesen Ausspruch durch Bezugnahme auf Bestimmungen der westf. Kreis- und LGemO.; es wird weiter festgestellt, daß die Ausstellung derartiger polizeilicher Bescheinigungen in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolge. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist es verfehlt, wenn die Rev. einen rechtlichen Unterschied gemacht wissen will, je nachdem die behördliche Bescheinigung von einer „zuständigen Hauptpolizeibehörde" oder „lediglich von dem Gemeindevorsteher einer ganz unbedeutenden kleinen Gemeinde" ausgestellt sei. In der kleinen Gemeinde ist eben nach den Feststellungen des BG. der Gemeindevorsteher die zuständige Stelle zur Erteilung der behördlichen Bescheinigung, und es hätte keinen Zweck gehabt, wenn sich der Kl. bei einer unzuständigen und sachunkundigen „Hauptpolizeibehörde" erkundigt hätte, wie auch H. nicht in der Lage gewesen wäre, ein Zeugnis einer solchen Behörde zu beschaffen. Je kleiner übrigens die Gemeinde ist, deren Vorsteher die Bescheinigung ausstellt, um so mehr darf angenommen werden, daß er genaue und zuverlässige Kenntnis der persönlichen Verhältnisse sämtlicher Ortseinwohner besitzt.

Eine ausdrückliche Angabe über die Vermögensverhältnisse des H. enthält die Bescheinigung nicht; aus dem behördlichen Zeugnis, daß er „ein tüchtiger Geschäftsmann und Handwerker" sei, daß er „als tüchtiger Geschäftsmann zu empfehlen sei", durfte der Kl. ohne Verschulden auch zu der Annahme gelangen, daß H. nicht völlig vermögenslos sein könne.

(U. v. 25. Jan. 1935; III 189/34. — Hamm.) [L.]

*

9. § 892 BGB. Eine juristische Person kann sich auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen, wenn ein gesetzlicher Vertreter bösgläubig im Sinne von § 892 BGB. war. Darauf, ob das einzelne Organmitglied bei dem gerade in Betracht kommenden Geschäft als Vertreter mitgewirkt hat, kommt es nicht an. Denn die juristische Person kann die durch ihren Organteil vorhandene Kenntnis nicht bei einem Einzelgeschäft nach Belieben oder Zufall abstreifen.

Die Bösgläubigkeit einer Rechtspersönlichkeit, die nicht natürliche Person ist i. S. von § 892 BGB., wird vermittelt durch ihre gesetzliche Vertretung, ihr Willensorgan (§ 26 BGB.; vgl. SeuffArch. 77, 110). Das Wissen dieses Organs ist das Wissen der Gesellschaft. Bei Kollektivvertretung genügt, wie in Rspr. und Wissenschaft allgemein anerkannt, das Wissen eines der mehreren Gesamtvertreter, um das der juristischen Person oder Gesellschaft zu begründen (RGZ. 9, 143; 43, 109; JW. 1910, 624[10]; 1911, 1012[2]; Gruch. 29, 703). Es liegt in der Natur der Sache begründet, daß das Wissen jedes einzelnen, der im entscheidenden Zeitpunkt gesetzlicher Vertreter ist, der juristischen Person oder Gesellschaft innewohnt. Darauf, ob das einzelne Organsmitglied bei dem gerade in Betracht kommenden Geschäft als Vertreter mitgewirkt hat, kommt es nicht an. Die Gesellschaft kann die durch ihren Organteil vorhandene Kenntnis nicht bei einem Einzelgeschäft nach Belieben oder Zufall abstreifen. Die Rev. beruft sich demgegenüber auf eine bei Warn. 1911 Nr. 390 abgedr. Entsch. des 7. ZivSen. des RG., wo für die Frage der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung wegen fraudulöser Gläubigerbenachteiligung das Wissen eines Vorstandsmitglieds der Genossenschaft, das bei dem gegen die Genossenschaft angefochtenen Geschäft lediglich als deren Gegenkontrahent aufgetreten ist, für unschädlich gegen diese erklärt wird. Diese für das Sondergebiet des AnfG. entwickelte Ansicht kann aber nicht für das Gebiet des § 892 BGB. gelten. Hier muß es vielmehr bei der oben dargelegten Auffassung bleiben, daß allgemein das Wissen eines von mehreren gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft zugerechnet wird. Das ist ein Erfordernis des redlichen Geschäftsverkehrs und entspricht zudem der natürlichen Anschauung.

(U. v. 8. Febr. 1935; V 223/34. — Celle.) [v. B.]

*

****10.** § 15 GenG. Die bei den reinen Kapitalgesellschaften in der Rspr. entwickelten und auf die reine Personalgesellschaft übertragenen Grundsätze, nach denen der Beitritt nach erfolgter Eintragung der Gesellschaft mit der Berufung auf geheimen Vorbehalt, Scheinabrede, Nichternstlichkeit, Veranlassung durch Irrtum, Betrug oder Drohung (zusammengefaßt die inneren Willensmängel) nicht angefochten werden kann, sind auch auf die Beitrittserklärungen zu einer Genossenschaft anzuwenden. Als Rechtsgrund der Haftung des eingetragenen Genossen Dritten gegenüber ist nicht die Eintragung ins Genossenschaftsregister, sondern die an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung des Haftungswillens maßgebend. †)

Der BeschwF. W. ist am 7. Juni 1923 unter Nr. 73 in die Liste der Genossen der am 6. Juli 1920 in das Genossenschaftsregister des AG. L. eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht auf Grund einer Beitrittserklärung, die das Datum „10. Nov. 1920" trägt, eingetragen worden. Der nach der Beitrittserklärung in Papiermark zu zahlende Betrag von 70 ℳ, bar zu zahlen „auf Erfordern des Genossenschaftsvorstandes", ist vom BeschwF. nicht ent-

richtet worden. Über das Zugehen einer Zahlungsaufforderung an den BeschwF. ist nichts festgestellt. Durch ins Genossenschaftsregister eingetragene Beschlüsse der GenVers. der Genossen v. 24. April 1924 und v. 23. April 1928 ist der Geschäftsanteil auf 25 *RM* und später auf 500 *RM* festgesetzt worden. Auf die Klage des Konkursverwalters der inzwischen in Konkurs geratenen Genossenschaft wegen der ausstehenden Einzahlung von 500 *RM* hat der BeschwF. beim Registergericht gem. § 142 FGG. seine Löschung in der Liste der Genossen verlangt, weil er gar nicht Genosse geworden sei.

Er wendet u. a. ein:

Die Beitrittserklärung habe durch Zeitablauf vor der Einreichung und Eintragung ihre Wirksamkeit verloren.

Das Registergericht hat die Anregung zur Löschung von Amts wegen zurückgewiesen. Es verwies den BeschwF. auf den Prozeßweg. Die Beschwerde beim LG. war erfolglos, auch nachdem ein erster BeschwBeschl. durch Beschluß des OLG. Dresden v. 11. Juli 1933: JW. 1933, 2221[2] aufgehoben und die Sache zu weiteren tatsächlichen Erörterungen zurückverwiesen worden war. Gegen den erneut die Beschwerde zurückweisenden landgerichtlichen Beschluß hat der BeschwF. wiederum ordnungsmäßig die weitere Beschwerde ergriffen. Diese weitere Beschwerde hat das OLG. nunmehr gem. § 28 Abs. 2 FGG. dem KG. vorgelegt. Das OLG. möchte sich gegen die Einwendung des BeschwF. aussprechen, es sieht sich daran aber durch den Beschluß des KG. v. 19. Jan. 1928: JFG. 5, 270 = JW. 1929, 673[2] gehindert.

Die hier zu entscheidende Frage, ob die verbindlich abgegebene Beitrittserklärung, die vor der Eintragung als Genosse weder vom BeschwF. widerrufen, noch von der Genossenschaft mittels irgendwelcher Erklärung abgelehnt worden ist, durch Zeitablauf ihre Kraft verloren hat mit der Wirkung, daß durch die Einreichung und Eintragung die Mitgliedschaft bei der Genossenschaft nicht mehr zur Entstehung gelangen konnte, muß mit dem OLG. gegen das KG. nach seiner angef. Entsch. v. 19. Jan. 1928: JFG. 5, 270 = JW. 1929, 673[2] *verneint* werden. Auch das KG. geht im Anschluß an RGZ. 68, 344 = JW. 1908, 498 (ebenso RGZ. 119, 97 = JW. 1928, 219) davon aus, daß ein Aufnahmevertrag zwischen dem Beitretenden und der Genossenschaft neben den drei gesetzlichen Erfordernissen nach § 15 Abs. 3 GenG. formgerechte Beitrittserklärung, Einreichung durch den Vorstand der Genossenschaft und Eintragung in die Liste der Genossen, für die Entstehung der Mitgliedschaft *nicht* erforderlich war. Infolgedessen sind auf das innere Verhältnis zwischen dem Beitretenden und der Genossenschaft die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über den Vertrag, Angebot und Annahme, nach §§ 145 ff. BGB. nicht anzuwenden. Diese Rechtsanschauung wird gegenüber der u. a. noch von *Böttger*: JW. 1934, 862 Anm. vertretenen Vertragstheorie auch von *Ruth* in der vom BeschwF. angezogenen Erörterung zu dem Dresdner Beschluß v. 11. Juli 1933: JW. 1933, 2221[2] und in seiner bereits angeführten Abhandlung: ZHR. 88, 487 verfochten, ferner geteilt von *Feine* (der die Ablehnung der Vertragstheorie als im Körperschaftsrecht herrschende, vom RG. in seiner Rspr. zur Aktienzeichnung befolgte Lehre bezeichnet) in Ehrenberg HHR. III 3, 172 (GmbH.). Es handelt sich bei dem Beitritt zu der Genossenschaft (wie bei der Aktienzeichnung) um den Teil einer körperschaftlichen Schöpfungshandlung, neben dem schuldrechtliche Verträge zwischen dem Beitretenden und der Genossenschaft einhergehen können, der aber als solcher zu einem Vertrag mit ihr weder gedeihen muß noch kann. Daher gilt nicht der Rechtssatz des § 146 BGB., daß die Beitrittserklärung (als Antrag) erlischt, wenn sie nicht von der Genossenschaft nach den §§ 147—149 BGB. rechtzeitig, d. h. sofort oder binnen bestimmter Frist angenommen wird (so auch *Ruth*: JW. 1933, 2222). Die Beitrittserklärung ist nach § 15 Abs. 1 GenG. unbedingt und daher auch hinsichtlich der Dauer der Mitgliedschaft nach deren Entstehung unbefristet abzugeben. Wenn auch keine rechtlichen Bedenken dagegen bestünden, daß sie gem. der für die Aktienzeichnung in §§ 189 Abs. 3 Ziff. 4, 281 Abs. 1 Ziff. 4 HGB. vorgeschriebenen Beifügung eines Zeitpunktes, in welchem sie unverbindlich wird, sofern nicht bis dahin die Errichtung der Gesellschaft beschlossen oder die Erhöhung ihres Grundkapitals ins Handelsregister eingetragen ist, einen Zeitpunkt bestimmen dürfte, mit dem sie ihre Gültigkeit verliert, wenn nicht bis dahin die Eintragung in die Liste der Genossen erfolgt ist — was die vorgängige „Zulassung" und die Einreichung zum Genossenschaftsregister zur Voraussetzung hat —, so ist doch im übrigen die Beitrittserklärung ein durchaus bedingungsfeindliches — einseitiges — Rechtsgeschäft (*Feine* a. a. O. S. 173, 181). Von einer ausdrücklichen zeitlichen Begrenzung der Beitrittserklärung für die Zeit vor der Eintragung enthält die Urkunde vom 10. Nov. 1920 nichts und ist auch im Vorbringen des BeschwF. nicht die Rede. Die Erklärung soll nach der in keiner Weise auf eine Versagung der Zulassung (Ablehnung) abgestellten Meinung des KG. ihre zeitliche Beschränkung „in sich selbst" tragen, eine Begrenzung auf einen „den Umständen nach angemessenen Zeitraum, dessen Ausmaß sich nach den Verhältnissen des einzelnen Falles bestimmt", und mit dessen Ablauf „nach dem das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben im Verkehr" sie als erloschen angesehen werde. Hierzu wird vom KG. die Begründung des GenG. von 1888 S. 102 ins Feld geführt. Man habe danach nicht für erforderlich erachtet, vorzuschreiben, daß die Einreichung beim Registerrichter zum Zwecke der Eintragung sofort nach Unterzeichnung der Erklärung und erfolgter Zulassung des Beitretenden zu erfolgen habe, habe es vielmehr dem pflichtgemäßen Ermessen des Vorstandes überlassen wollen, die Umstände des Falles auf seine Verantwortung zu prüfen. Der Regel nach habe man eine in jedem Monat einmal stattfindende Einreichung der eingegangenen Beitrittserklärungen bei Gericht für genügend gefunden. Daraus wird abgeleitet, daß man jedenfalls nur an einen verhältnismäßig kurzen Aufschub gedacht habe und nur ein solcher wird auch mit dem Zweck der Beitrittserklärung für vereinbar erklärt. Diese Äußerungen in der Begründung des Gesetzes, die sich zudem gar nicht auf die Geltungsdauer der Willenserklärung des Beitretenden, sondern auf das Handeln des Vorstandes nach der „Zulassung" beziehen und die mit der Zeitangabe für das periodische Handeln des Vorstandes in bezug auf die „eingegangenen" Beitrittserklärungen auf solche Fälle nicht passen, in denen die „Zulassung" nach der Satzung nicht in die Hände des Vorstandes oder des Aufsichtsrates oder beider miteinander gelegt, sondern der vielleicht in viel größeren Zwischenräumen abzuhaltenden GenVers. der Genossen überlassen ist, können die Auslegung des Gesetzes in dem hier streitigen Punkte nicht entscheidend beeinflussen. Sie tragen das Gepräge des Beiläufigen und beruhen nicht auf einer vorausschauenden Erkenntnis des Wesens und der Erfordernisse der körperschaftlichen Schöpfungshandlungen und der erst durch die praktische Handhabung des Gesetzes in mehr als 45 Jahren herausgestellten Bedürfnisse der Rechtseinrichtung der Genossenschaft. Jene Erkenntnis ist in neuerer Zeit durch Gesamtbetrachtungen über die körperschaftlichen Schöpfungshandlungen (so von *Ruth*, *Feine* a. a. O.) gefördert worden. *Ruth*: JW. 1933, 2222 wirft denn auch dem KG. vor, es habe mit der Abstellung seiner Entsch. allein auf die zeitliche Geltung der Beitrittserklärung nach Treu und Glauben, also lediglich der Gebundenheit des Erklärenden, die Zusammenhänge verkannt oder doch nicht genügend erkannt. Er findet — unter Aufgabe seiner früheren Auffassung des Gesamtvorgangs der Mitgliedschaftsbegründung als eines körperschaftlichen Gesamtwillensaktes —, daß der Beitrittserklärung *als der Schwerpunkt* des Vorgangs *eine* (vom Gesetz allerdings völlig unerwähnt gelassene) *Aufnahme* durch das zuständige Genossenschaftsorgan gegenüberstehe. Beide Erklärungen, die Beitrittserklärung und die Aufnahme, vereinigten sich, ohne eine vertragliche Bindung zu erzeugen, zu der erstrebten sozialrechtlichen Wirkung, der Begründung der Mitgliedschaft. Die so vor sich gehende Begründung — zu der als Drittes immer noch die Listeneintragung kommen müßte, bis zu der neue Verzögerung eintreten kann — wird als ein einheitlicher, auch zeitlich nicht zerreißbarer Vorgang bezeichnet, und es wird erklärt, die Wirkung des sozialrechtlichen Schöpfungsaktes komme nicht

zustande, wenn sich nicht binnen angemessener Frist die Aufnahme dessen, der den Beitritt erklärt hat, anschließe. Das Verhältnis dieses inneren Vorgangs zwischen dem Beitretenden und dem Genossenschaftsorgan einerseits und der Listeneintragung andererseits in zeitlicher Hinsicht und die Einwirkung der Verzögerung der Eintragung auf die zustande gekommene Aufnahme wird nicht besprochen, wiewohl der Beitretende, wenn überhaupt an der Sache, so nur daran ein Interesse hat, wirklicher Genosse mit dem dritten Akt der Eintragung zu werden, und nicht daran, von der Genossenschaft zugelassener Mitgliedschaftsanwärter zu sein. Zwar wird gesagt, das Übergehen bei der nächsten, in der Regel wohl allmonatlich erfolgenden Anmeldung neuer Mitglieder zum Genossenschaftsregister habe schon mehr als ein Unwirksamwerden der Beitrittserklärung durch Zeitablauf, nämlich die des Zugehens nicht bedürftige Ablehnung der Aufnahme, zu bedeuten, aber es wird nicht berücksichtigt, daß jenem Übergehen eines Beigetretenen bei der nächsten Anmeldung auch eine ausdrückliche und rechtzeitige Zulassungserklärung vorhergegangen sein kann. Endlich wird von Ruth erklärt, die maßgebliche Frist, binnen deren die Beitrittserklärung „ohne nachfolgende Aufnahme" ihre Wirkung verliere, sei viel kürzer zu bemessen, als dies gemeinhin geschehe; mehrere Jahre bis zur Nachholung der bisher unterlassenen Aufnahme seien nicht zu verlangen. Von diesem Standpunkt aus wird, weil 2½ Jahre unter allen Umständen genügend seien, um die Beitrittserklärung als hinfällig erscheinen zu lassen, ausgesprochen, das OLG. Dresden hätte sich in jenem Beschluß v. 11. Juli 1933 nicht sowohl um die Ermittlung des Grundes der Verzögerung in der Einreichung der Beitrittserklärung zu kümmern brauchen, als erforschen sollen, ob nicht die Aufnahme als durch das Verhalten des Vorstandes längst abgelehnt „zu gelten habe". Um diese Ablehnung hätte sich dann natürlich auch der Registerrichter kümmern müssen, wenn es nicht bloß sein Recht, sondern auch seine, nach Ruth: JW. 1933, 2222 selbstverständliche, Pflicht ist, „offensichtlich" unwirksame Eintragungen hintanzuhalten. Was in zweifelhaften Fällen zu geschehen hat, bleibt offen.

Die dargestellten Anschauungen lassen erkennen: Mit der Auffassung des KG. wird der Beitrittserklärung der Sache nach i. S. von Feine a. a. O. S. 181 eine vor und nach der Eintragung wirksame „condicio juris" eingefügt. Eine solche sieht Feine auch — zustimmend zu dem einen Fall des Abstehens von der Übernahme eines neuen Geschäftsanteils einer GmbH. vor der Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses behandelnden Urteil dieses Sen. vom 28. Sept. 1915, II 81/15: JW. 1916, 47[10] — hinter der bei der AktG. vorgeschriebenen und entsprechend bei der GmbH. anwendbaren Zeichnung mit ausdrücklich zeitlich beschränkter Geltung der Zeichnungserklärung. Dieser Rechtsbedingung oder von Rechts wegen bestehenden Befristung gibt Feine den Inhalt, daß kein „Mitglied" an seine Beitrittserklärung gebunden sei, wenn die Eintragung der GmbH. sich als unmöglich erweise — was der Beitrittserklärung das Ziel entzieht — oder wider Erwarten außergewöhnlich lange verzögere; dabei hebt er hervor: wann die Bindung ohne weiteres erlösche, sei nur im Einzelfall zu entscheiden. Aber Geltung kommt solcher Rechtsbedingung diesem Inhalt nach eben nur zu, wenn und weil keine Eintragung erfolgt ist. Über den Fall, daß trotz der „außergewöhnlich langen" Verzögerung die Eintragung doch noch geschieht, äußert sich Feine nicht. Auch das angeführte Urteil dieses Sen. von 1915 erstreckt sich auf diesen Fall nicht. Es beruht zudem gar nicht auf der Annahme einer der Übernahmeerklärung schon an sich innewohnenden zeitlichen Begrenzung, sondern auf der Anerkennung eines aus § 723 BGB. abgeleiteten, in jenem Fall auch ausgeübten Kündigungsrechts aus wichtigem Grund. Ein Rechtssatz, wonach die sonst wirksame Beitrittserklärung bei verzögerter Einreichung wirkungslos wird, ist, wie in JW. 1930, 2977[4] zutreffend bemerkt ist, im GenG. nicht enthalten. Ruth, der in seiner Abhandlung (ZHR. 88, 491) ausspricht, man habe von der nach bürgerlichem Recht vorbehältlich der gesetzlichen Ausnahmen bestehenden Unwiderruflichkeit der Willenserklärung auszugehen, gibt schon hier auch der Meinung Ausdruck, daß damit die Willenserklärungen der bei dem — jetzt aufgegebenen — „Gesamtwillensakt" Beteiligten doch nicht „unbeschränkt lange Zeit" ihre Wirksamkeit behalten; er fordert vielmehr für das Zustandekommen des Gesamtwillensaktes einen gewissen zeitlichen Zusammenhang, damit die Erklärungen als Ausdruck eines einheitlichen Gesamtwillens angesehen werden können, und verneint das Zustandekommen jenes Gesamtaktes, wenn eine Genossenschaft z. B. eine jahrelang liegengebliebene, vom Aussteller längst vergessene oder für stillschweigend abgelehnt erachtete Beitrittserklärung plötzlich wieder aufgreife mit der Folge, daß er nun nichtsahnend mit der Verkündung seiner Mitgliedschaft überrascht werde (a. a. O. S. 492, 507, 509; ebenso JW. 1934, 2109 unter IV). Er hält in solchem Falle, wie er in JW. 1933, 2221[3] am Eingang seiner Anmerkung für den vorl. Fall erklärt — insoweit in Übereinstimmung mit dem KG. —, dafür, daß „alle Billigkeitsgründe" auf seiten des eingetragenen Genossen stehen. Sein Hilfsmittel der Aufstellung des der Beitrittserklärung zeitlich nahen und vorwiegend bedeutsamen Aufnahmegeschehnisses, das übrigens im Ges. § 15 Abs. 1 ohne nähere Bestimmung unter dem Namen „Zulassung" Erwähnung gefunden hat, ohne indessen im Abs. 3 des § 15 zu einer besonderen Vorbedingung der Entstehung der Mitgliedschaft erhoben zu sein, vermöchte jedoch so wenig, als die an der Beitrittserklärung haftende Ausführung des KG. überall zu einer sachgemäßen Ordnung für den Fall zu führen, daß die Eintragung geschehen ist. Das Hilfsmittel versagt dann, wenn die Aufnahme alsbald geschehen, hernach aber die Eintragung aus irgendwelchem, vielleicht gar nicht einmal beim Vorstand, sondern etwa beim Gericht gelegenen Grund (z. B. Verlegen des Aktenstücks) ungebührlich verzögert worden ist. In der ganzen Frage handelt es sich also nicht nur um die Berufung auf ein Verschulden des Vorstandes, wovon die Anmerkung: JW. 1930, 2977[4] zu dem einen Fall verzögerter Einreichung einer Austrittserklärung behandelnden KGUrt. v. 16. April 1929: JW. 1929, 3023[4] spricht. Dem Beitritt zu Ruths Meinung steht weiter entgegen: In dem Punkt, daß — wenigstens nach der Behauptung des BeschwF. — zur Zeit der Einreichung der Beitrittserklärung des BeschwF. beim Registergericht sein Beitrittswille nicht bestand, unterscheidet sich der gegebene Fall nicht von der einen Reihe der im Urteil dieses Sen. v. 8. Mai 1908, II 628/07: RGZ. 68, 344 = JW. 1908, 498 entschiedenen Fälle.

Diesem vom KG. angezogenen und sonst beachteten Urteil macht Ruth (ZHR. 88, 510) allerdings den Vorwurf übermäßiger Betonung der formalen Erfordernisse der Mitgliedschaftsbegründung, nämlich der Eintragung i. Verb. m. der Einreichung der Beitrittserklärung durch den Vorstand, und der Verkennung des nicht minder wichtigen (sachlichen) Bestandteils der Einigung der Beteiligten über die Entstehung der Mitgliedschaft. — Ganz zu Unrecht wirft er ihm a. a. O. S. 510 A. 57 „völlige Begriffsverwirrung" bezüglich des rechtlichen Verhältnisses der einzelnen Bestandteile des Entstehungsvorganges wegen der Aufnahme eines Satzes vor, der ersichtlich (s. auch RGZ. 119, 102/03 = JW. 1928, 219) und nach seiner eigenen Erkenntnis a. a. O. S. 495 A. 40 am Schluß nur der Ablehnung der von ihm selbst bekämpften Vertragstheorie dient. Indessen wenn auch die vergleichende Betrachtung der körperschaftlichen Schöpfungshandlungen zum allgemeinen, demnach auch auf die Genossenschaft zu übertragenden, bei den reinen Personalgesellschaften i. S. eines Vertragsschlusses (RGZ. 128, 172 = JW. 1930, 2659) sich vollziehenden Erfordernis einer „Aufnahme" führen mag — das freilich bei den der Genehmigung durch die Gesellschaft nach der Satzung nicht bedürftigen Übertragungen von Aktien und Geschäftsanteilen einer GmbH. nur schwer ersichtlich zu machen ist —, so kömmt doch dieses Erfordernis auch nach der Behandlung der Genossenschaft durch das RG. mit der auf der „Zulassung" beruhenden Einreichung der Beitrittserklärung beim Registerrichter zur Geltung. Diese Aufnahme oder Zulassung braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, sie kann auch, wie Ruth selbst a. a. O. S. 509 anerkennt, schlüssig durch die Einreichung beim Registerrichter erklärt

werden. Dabei kommt es aber, einerlei, ob die Einreichung sofort oder mit Verzug geschieht, gar nicht darauf an, ob im Schoße der Genossenschaft das dazu bestimmte Organ satzungsgemäß die Aufnahme oder Zulassung vollzogen hat (RGZ. 119, 97 = JW. 1928, 219). Sie ist ein innerer Akt der Genossenschaft; entscheidend ist nach dem Gesetz für den körperschaftlichen Schöpfungsakt die nach außen hervortretende Rechtshandlung der Einreichung durch den die Genossenschaft rechtswirksam vertretenden Vorstand. Nicht zuzugeben ist, daß die von Ruth verlangte nahe Zeitfolge der Willenserklärungen der Beteiligten — und des schließlichen formalen Erfordernisses der Eintragung — nach dem Gesetze die Wirksamkeit der Mitgliedschaftsbegründung bedingt. Für diese, den Vorgang doch wieder einem Vertragsschluß annähernde Forderung mag eine innere Logik der körperschaftlichen Schöpfungshandlung auch hier sprechen, wie weiter eine denkgesetzliche Notwendigkeit ergibt, daß, was Ruth betont, eine durch die Körperschaft bereits abgelehnte Beitrittserklärung nachher nicht, ohne den erklärten Willen des früher zum Beitritt Gewillten wieder hervorgezogen und zur Eintragung eingereicht werden darf. Aber der Unterschied besteht und ihn hat das KG. bei seinen Ausführungen über das unbillige Ergebnis einer von der seinigen abweichenden Meinung nicht genügend beachtet: Bei Ablehnung — die aber entgegen der Meinung Ruths nicht in rein passivem Verhalten gefunden werden kann — ist durch eine klare Rechtshandlung im Einzelfall die Beitrittserklärung erledigt, sie hat ihr Ziel nicht erreicht und besteht für das Recht nicht mehr gleich als ob sie gar nicht abgegeben worden wäre. Mißt man für das Zustandekommen der Mitgliedschaft dem zeitlichen Zusammenhang von Beitritt und Aufnahme Bedeutung bei, so wäre damit ein undeutlicher, schwankender, zu einer registermäßigen Erfassung untauglicher Zustand für die Allgemeinheit der Beitrittsfälle geschaffen, dem das Gesetz nicht Geltung zugestehen könnte, wenn nicht jede Ordnung aufgegeben sein soll. Gerade im Bestreben nach Richtigkeit des Bestandes der eingetragenen Genossen ist im geltenden Gesetz abweichend von der früheren Ordnung die Führung der Liste der Genossen dem Gericht übertragen worden, Begründung von 1888 S. 44 ff. RGZ. 60, 412. Weiter hat das Gesetz deswegen — ob bedachterweise oder im richtigen Gefühl für das zur Herstellung einer Ordnung Notwendige, bleibt sich gleich — diese jetzt als der Schwerpunkt der Schöpfungshandlung bezeichnete Aufnahme nur in der Form der Einreichung durch den Vorstand zum Erfordernis des Werdens der Mitgliedschaft gemacht. Nur in dieser veräußerlichten Gestalt kann das Annahmeerfordernis bei einem vielfach unter der Verwaltung wenig Rechts- und Geschäftskundiger stehenden Gebilde wie der Genossenschaft ohne schwere Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durchgeführt werden. Die Verordnung einer nach den Umständen des Einzelfalles sich bemessenden Zeitdauer der Verbindlichkeit der Beitrittserklärung bis zur Aufnahme (Zulassung) oder Eintragung wäre eine gesetzgeberische und praktische Unmöglichkeit. Denkbar wäre nur nach dem Vorgang des Aktienrechts eine Vorschrift, wonach die Beitrittserklärung derart befristet werden kann oder muß, daß sie unwirksam wird, wenn nicht vor Ablauf der Frist der Beitretende in die Liste der Genossen eingetragen worden ist. Damit wäre sichergestellt, daß die Beitrittserklärung bis zum Ablauf der Frist verbindlich ist, nach dem Fristablauf aber der Beitrittslustige — vorbehältlich einer Wiederholung seiner Erklärung — frei wird. Würde es sich jeweils um Einzelfälle eines wegen Verzögerung der Aufnahme (Einreichung) ungewöhnlich verlaufenden Hergangs bei der Mitgliedwerdung handeln, so wäre vielleicht auch vom Standpunkt der Bewährung der Rechtseinrichtung und der Belange der Gläubiger aus die Rücksichtnahme auf die Billigkeitsgründe zugunsten des wider seinen gegenwärtigen Willen eingetragenen Genossen erträglich. Vielfach, so auch im Falle der Genossenschaft des BeschwF., handelt es sich aber reihenweise um denselben Vorgang, so daß mit jener Rücksichtnahme auf den einzelnen unter Umständen nachträglich ein großer Teil des Bestandes der Genossenschaft in Wegfall käme und den Gläubigern der einzelnen Genossenschaft und der ganzen Rechtseinrichtung schwerer Schaden zugefügt würde. Diese ineinandergreifenden Belange der Gläubigerschaft der einzelnen Genossenschaft, dieser Genossenschaft selbst (der übrigen Genossen) und der ganzen Rechtseinrichtung „Genossenschaft" stellen ein Gemeininteresse dar, dem im deutschen Recht von jeher (RGZ. 144, 106 [112] = JW. 1934, 2040[6]), aber heute mehr denn je der individualistische Billigkeitsanspruch des einzelnen Genossen weichen muß. Mit Rücksicht auf dieses Gemeininteresse hat schon längst auch für die eingetragene Genossenschaft, bei der mit einer kapitalistischen Beteiligung der Genossen ergänzend der Haftungsgrundsatz der Person sich verbindet (RGZ. 124, 182 = JW. 1929, 2151; 135, 55 = JW. 1932, 733; 143, 296 = JW. 1934, 1342) die Anwendung der bei den reinen Kapitalgesellschaften entwickelten und selbst auf die reine Personalgesellschaft (JW. 1933, 1996[1]) übertragenen RSpr. eingesetzt und durch die von Ruth a. a. O. S. 520 ff. allerdings gleichfalls angegriffene Entsch. der VerZivSen. v. 16. Mai 1904: RGZ. 57, 292 ihre seitdem bleibende Bestätigung erhalten, wonach der Beitritt nach der Eintragung mit der Berufung auf geheimen Vorbehalt, Scheinabgabe, Nichternstlichkeit, Veranlassung durch Irrtum, Betrug oder Drohung, zusammengefaßt die sog. inneren Willensmängel nicht angefochten werden kann. Ja auch die in den Beziehungen zu anderen Beteiligten oder zu Dritten wurzelnde Nichtigkeit nach § 138 BGB. soll gleich behandelt werden (RGZ. 123, 102, 108 = JW. 1929, 643; 124, 279 = JW. 1929, 2134[3]). Zustimmend auch Ruth: JW. 1934, 2108 unter IV. Als Rechtsgrund ist in dem Urteile dieses Sen. vom 23. Okt. 1933, II 110/33: JW. 1934, 224[11] wieder angegeben, daß nicht sowohl die Eintragung in das Handels- oder Genossenschaftsregister, ein ihm zukommender öffentlicher Glaube — woran es im Gegensatz zum Grundbuch fehlt —, als die an die Öffentlichkeit gerichtete Erklärung des Haftungswillens dafür maßgebend sei. Die ablehnende Beurteilung dieser Grundangabe kann keineswegs auf die von Ruth a. a. O. S. 490, Feine a. a. O. S. 173 angezogene Bemerkung von Tuhrs gegen eine in früheren Urteilen gebrauchte Wendung, die an Stelle der „Öffentlichkeit" den „Verkehr" benannte, gestützt werden, der „Verkehr" sei keine Person. Gemeint war mit beiden Bezeichnungen der aus der rechtlichen Erscheinung der Offerte ad incertam personam von jeher bekannte Personenkreis, der mit der Formel „unbestimmt welche und wieviele" umrissen wird. Ob diese Grundangabe unter jeder Betrachtung, namentlich in dogmatischer Hinsicht, befriedigt, ist wenig von Belang, wenn man den Satz selbst, wie von Feine a. a. O. S. 175 geschehen, als einhellig anerkannt zu bezeichnen hat. Die Grundangabe des RG. hat vor anderen Begründungen — Überblick bei Feine a. a. O. S. 175 —, namentlich der Erklärung aus der „Eigenart der sozialrechtlichen Willenserklärungen" selbst (S. 177) oder aus einem „aus wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen hervorgegangenen Gewohnheitsrecht" (S. 176) den Vorzug, daß sie einen Hinweis auf den sachlichen Grund der Annahme des Rechtssatzes, auch auf das schließlich erkannte Wesen der sozialrechtlichen Schöpfungen, die Dritten als Rechtspersonen von bestimmter innerer Gestalt gegenübertreten, enthält. Freilich kann die Berücksichtigung der Belange der dem einzelnen Genossen gegenüberstehenden Genossenschaft und Genossenschaftsgläubigerschaft nicht so weit gehen, daß die Eintragung den davon Betroffenen schlechthin zum Genossen macht. Das Urteil dieses Sen. v. 8. Mai 1908: RGZ. 68, 344 = JW. 1908, 498 sagt: „Nur mangelnde Geschäftsfähigkeit, physischer Zwang bei Ausstellung oder Aushändigung der Beitrittserklärung, Irrtum über den Inhalt der Erklärung wären als materiellrechtliche Anfechtungsgründe auch gegenüber der Genossenschaft und gegenüber Dritten zuzulassen." Diese Fälle lassen sich, soweit sie einer Prüfung standhalten, auf den gemeinsamen Nenner bringen, daß bei ihnen eine rechtlich anzuerkennende Beitrittserklärung schon von Anfang an nicht und zu keiner Zeit vorliegt. Dies gilt ebenso von dem von Ruth: JW. 1933, 2222 und schon von der Begründung zum GenG. 1888 S. 68 angeführten Beispiel der vom Vorstand zu betrügerischen Zwecken gefälsch-

ten Beitrittserklärung und gilt auch von dem neuestens vom Obergericht Danzig: JW. 1934, 862[1] entschiedenen Fall der wider Willen geschehenen Ausfüllung eines nur mit der Namensniederschrift versehenen Blattes mit einer Beitrittserklärung, also einem Fall, in dem nicht einmal das Blankett einer Beitrittserklärung gegeben ist und in dem der Inhaber und Schreiber des Namens nicht bloß eine Willenserklärung „nicht abgeben wollte"; wie das Urteil sagt, sondern eine Willenserklärung objektiv nicht abgegeben hat. Dem steht der im Urteil dieses Sen. v. 4. April 1933, II 380/32 behandelte Fall gleich, daß eine Beitrittserklärung von nicht ermächtigten Vertretern einer Rechtsperson abgegeben wird — wobei indessen deren unbefugtes Handeln der nachträglichen Genehmigung zugänglich ist. — Auf den Willen kommt es — abgesehen von der Frage der allgemeinen Rechtsgeschäftsfähigkeit —, wie Feine a. a. O. S. 177 unter Hinweis auf RGZ. 9, 37 mit Recht sagt, nicht an, es gilt nur die vom Handelnden nach außen abgegebene einfache Erklärung, wobei auch ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung, wie er bürgerlich-rechtlich nach § 119 Abs. 2 BGB. als beachtlich angesehen wird, ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften „der Person oder der Sache", also hier der Genossenschaft oder ihres Unternehmens, keine Anerkennung finden kann. Das fällt hier gleichfalls in das Gebiet der inneren Willensmängel, und hierdurch sowie durch die Geltung des objektiv Erklärten (demgegenüber der Beweis eines anderen Wollens nicht zugelassen werden kann, regelmäßig auch an der Verborgenheit eines wirklichen abweichenden Willens scheitern würde) empfängt auch der in RGZ. 68, 352 = JW. 1908, 498 gemachte Vorbehalt für den „Irrtum über den Inhalt der Erklärung" seine Begrenzung und Berichtigung. Gemeint sein und anerkannt werden können nach Maßgabe der in ZHR. 24 (1879), 475 ff. aufgeführten Beispiele nur die Fälle, in denen in Wahrheit nach objektiver Beurteilung eine Beitrittserklärung gar nicht vorliegt, während, wie auch Ruth: JW. 1933, 2222, 2223 bemerkt, bei Abgabe einer Blanketterklärung für den Beitritt die Berufung auf eine dem Willen nicht entsprechende Ausfüllung unbeachtlich ist. Hierin kommt die „verkehrsgefährliche" Eigenschaft einer derartigen Urkunde und die Haftung des rechtlich verantwortlichen Ausstellers für ihr Bestehen zu Geltung. Dem schon objektiven Mangeln einer Beitrittserklärung ist auch der oben erwähnte Fall der Beendigung der Geltung der Beitrittserklärung durch ausdrückliche — nicht in jedem Falle der Worte bedürftige — Ablehnung beizuordnen.

Ganz anders liegt aber der Fall des BeschwF., der sich daher zu Unrecht auf die Danziger Entsch. beruft. Er hat nach den Feststellungen eine formgerechte Beitrittserklärung an den Vorstand der Genossenschaft gegeben und will sich — nach Zurückweisung seiner übrigen Einwendungen — nur noch darauf berufen, daß seine Beitrittserklärung zur Zeit der Einreichung und der Eintragung i. J. 1923 keine Geltung mehr gehabt habe. Dieselbe Berufung könnte er, worauf das LG. mit Recht hinweist, auch vorbringen, wenn er die Beitrittserklärung undatiert abgegeben hätte, aber dem Vorstand z. B. im Falle eines Wechsels, und jedenfalls dem Registerrichter der erweisliche Zeitpunkt der Abgabe in länger zurückliegender Zeit aus der Urkunde gar nicht erkennbar gewesen wäre. Welchen Vorzug er hinsichtlich der Befreiung von der Mitgliedschaft und ihren Folgen im einen oder anderen Fall (der datierten oder undatierten Abgabe der Erklärung) vor einem solchen Genossen zu beanspruchen berechtigt sein könnte, dessen Beitrittserklärung durch Betrug oder Drohung des Vorstandes oder eines Dritten erwirkt war, ist nicht einzusehen. Ihm stand es nicht nur frei, seine Beitrittserklärung mit der oben erwähnten zeitlichen Begrenzung für das Geschehen der Eintragung zu versehen mit der Wirkung, daß alsdann nach Ablauf der Frist der Registerrichter seine Eintragung gewiß abgelehnt hätte. Er hätte auch, wenn das nicht geschehen war, sich um das Schicksal seiner Erklärung — die er eben ohne Verschulden nicht vergessen durfte — kümmern und — wenn man überhaupt eine Widerruflichkeit (Kündbarkeit) und Anfechtbarkeit annehmen darf, dagegen Feine a. a. O. S. 180, 181, 178 und für den Fall, daß die Wirkungen des Rechtsgeschäfts der Beitrittserklärung nicht auf die Geschäftspartner beschränkt geblieben sind, auch Ruth in seinem Aufsatz „Die Berufung des eingetragenen Genossen auf fehlende Beitrittserklärung usw.": JW. 1934, 2106 — seine Beitrittserklärung, nachdem sie binnen „angemessener Zeit" nicht zum Ziele geführt hatte, in entsprechender Verwertung des Urteils: JW. 1916, 47[10] zurückfordern und dem Vollzug der Eintragung mit Erwirkung einer EinstwVfg. entgegentreten können (vgl. RGZ. 82, 375 = JW. 1913, 1042; JW. 1930, 2978; a. M. Feine a. a. O. S. 178 zur GmbH.). Mit Recht sagt Ruth in dem soeben angeführten Aufsatz S. 2109: Wer eine Beitrittserklärung einmal abgegeben hat, muß dafür sorgen, daß sie keine weiteren Wirkungen erlangt, auf die sich Dritte verlassen können. Zu diesen weiteren Wirkungen gehört in erster Linie die Eintragung in die Liste der Genossen. Tat der BeschwF. alles das nicht — weshalb hier kein Grund besteht, zu den Möglichkeiten vor der Eintragung endgültig Stellung zu nehmen —, überließ er die Beitrittserklärung ihrem Lauf, so kann ihm nach der Eintragung und zumal ihrem Bestehen durch ein Jahrzehnt die Berufung auf einen nicht mehr bestehenden Willen so wenig oder noch weniger verstattet werden, als dem betrogenen oder der Drohung erlegenen Genossen die Berufung auf einen bürgerlich-rechtlich betrachtet nach der Anfechtung von vornherein niemals vorhandenen Willen.

Sein Verhalten ist auch ein ganz anderes als das des BeschwF. in dem vom KG. entschiedenen Fall, der schon seine Eintragung zu verhindern gesucht hat. Hier behauptet dagegen der BeschwF. nur, er habe schon zur Zeit der Abgabe seiner Unterschrift den der Beitrittserklärung nach ihrem jetzigen Inhalt entsprechenden Willen gar nicht gehabt und Ruth in seiner Anmerkung zum Dresdner Beschluß: JW. 1933, 2221[3] unterstellt als Tatsache, er habe diesen Willen bei der Einreichung nicht mehr gehabt. Festgestellt und bewiesen ist aber neben der Ablehnung der eigenen Behauptung des BeschwF. über eine Änderung seines Willens bis zur Einreichung seiner Beitrittserklärung und seiner Eintragung nichts.

Es geht nicht an, die Gläubiger, wie Ruth: JW. 1933, 2222 es will, auf die Haftbarkeit des Vorstandes und des Registerrichters zu verweisen. Die Haftung des letzteren und damit des Staates kann leicht versagen angesichts der gesetzlichen und verordnungsmäßigen Vorschriften über die Registerführung, der Nichterkennbarkeit der Abgabe der Beitrittserklärung vor längerer Zeit bei undatierten Urkunden und der Dehnbarkeit dessen, was nach den Umständen des Falles der „angemessene Zeitraum" ist. Die erste Haftung der Vorstandsmitglieder wird gerade in den Fällen, in denen der Vorstand erweislich schuldhaft gehandelt hat, vielfach unergiebig sein.

Aus diesen Gründen ist die weitere Beschwerde zurückzuweisen. Diese Rspr. läßt es dann allerdings als eine wichtige Pflicht des Registerrichters erscheinen, hinausgehend über die ihm nach der VO. über des Genossenschaftsregister auch in der neuen Fassung des § 29 Abs. 3 nach der AndVO. vom 19. Febr. 1934 (RGBl. I, 113) vorgeschriebene formale Prüfung sein Augenmerk auch darauf zu richten, ob die Beitrittserklärungen ihrem Inhalt nach und nach dem Zeitpunkt ihrer Abgabe noch als wirksame Rechtshandlungen angesehen werden können, erheblichen Bedenken durch geeignete Ermittlung nachzugehen und im Streitfalle annehmbaren Gegengründen des zur Eintragung Angemeldeten dadurch Rechnung zu tragen, daß die Eintragung abgelehnt und dem Vorstand der Genossenschaft die Feststellung ihrer Rechtswirksamkeit im Prozeßweg überlassen wird. Die neue Vorschrift zu § 72 GenG. nach dem AndG. v. 20. Dez. 1933 (RGBl. I, 1089) über die Unverzichtbarkeit der Eintragungsnachricht wird nur geeignet sein, den Weg zur Anregung eines sofortigen Löschungsverfahrens offenzuhalten — da Beschwerde gegen die Eintragung nach der Rspr. des KG. unzulässig ist, RJA. 13, 30; JFG. 1, 254; KGJ. 41, 102 und der Beschluß vom 19. Jan. 1928 in seinem nicht abgedruckten Teil —, nicht aber die Eintragung selbst mit ihrer gesetzlichen Wirkung hintanzuhalten.

(Beschl. v. 6. April 1935; II B 5/34. — Dresden.) [v. B.]

Anmerkung: I. Mit erfreulicher Deutlichkeit lehnt das RG. erneut die Vertragstheorie zur Erklärung der rechtlichen Vorgänge bei der Mitgliedschaftsbegründung ab. Es sieht in dem Mitgliedschaftserwerb entsprechend der körperschaftlichen Theorie eine „körperschaftliche Schöpfungshandlung", was sich wohl mit der vielfach gebrauchten Bezeichnung „sozialrechtlicher Konstitutivakt" deckt. Das ist, obwohl damit die neuere Rspr. des RG. nur konsequent fortgesetzt wird, deshalb besonders hervorzuheben, weil die Vertragstheorie inzwischen wieder erheblich an Boden gewonnen und weil auch das RG. in einer älteren Entsch. (RGZ. 2, 264) zunächst den Vertragsstandpunkt vertreten hatte. Für die in der vorl. Entsch. allein zur Erörterung stehende Frage, ob eine Beitrittserklärung durch Zeitablauf ihre Wirkung zu verlieren vermag, war ein eindeutiges Bekenntnis zur Vertrags- oder Körperschaftslehre ganz unerläßlich. Denn für die Vertragslehre löst sich diese Frage in einfachster Weise: Die Wirkung der dann als „Vertragsangebot" zu bezeichnenden Beitrittserklärung erlischt, falls nicht unmittelbar sich hieran die „Annahme" durch die Körperschaft (Aufnahme, Zulassung) anschließt, nach den §§ 147—149 BGB. in kürzester Frist.

II. Die vom RG. auf Grund der Körperschaftstheorie gegebene Analyse der zum Erwerb der Mitgliedschaft notwendigen Willenserklärungen läßt eine wesentliche Annäherung an meine eigene, mehrfach vom RG. zitierte Auffassung erkennen. Das RG., das früher dazu neigte, der Beitrittserklärung übermäßige, geradezu alleinige Bedeutung beizumessen, schenkt jetzt auch der auf seiten der Körperschaft erforderlichen Erklärung der „Aufnahme" eingehendere Beachtung. Das RG. wendet in der Hauptsache hiergegen nur ein, daß das Aufnahmeerfordernis gesetzlich (§ 15 GenG.) lediglich in der „veräußerlichten Gestalt", in der „Form der Einreichung" (der Beitrittserklärung durch den Vorstand zur Liste der Genossen) zur Voraussetzung des Mitgliedschaftserwerbs gemacht worden sei. Diese Wendung könnte insofern bedenklich erscheinen, als das RG. damit etwa die Aufnahme formalisieren möchte, d. h. einer gegenüber dem Beigetretenen unmittelbar erklärten Aufnahme oder Ablehnung die rechtliche Wirkung zu versagen geneigt wäre. Eine solche Folgerung gedenkt aber das RG. wohl nicht zu ziehen. Denn an anderer Stelle stimmt das RG. durchaus dem von mir aufgestellten Grundsatz zu, daß eine von der Körperschaft bereits abgelehnte Beitrittserklärung nicht durch nachträgliche Einreichung zum Register die Grundlage für den Mitgliedschaftserwerb zu bilden vermag. Anscheinend zielt jene Bemerkung des RG. nur auf die Prüfungspflicht des Registerrichters, die — mit Recht — nicht überspannt werden sollte. Wird diesem eine Beitrittserklärung zur Registrierung eingereicht, so hat er in der Tat regelmäßig keinen Anlaß nachzuforschen, ob der Vorstand etwa früher die Aufnahme schon abgelehnt hatte. Anders liegt es jedoch, wie hierzu einschränkend zu vermerken ist, wenn durch besondere Umstände der Registerrichter zu der Annahme genötigt wird, daß die Aufnahme tatsächlich bereits abgelehnt war. Und zu diesen Umständen zählt insbes. die Tatsache, daß die Beitrittserklärung bereits ungewöhnlich lange Zeit zurückliegt. Damit soll aber in diesem Zusammenhang vorläufig nur so viel behauptet werden, daß in solchem Fall eben gewisse Zweifel an der Wirksamkeit des rechtsgeschäftlichen Teils der Mitgliedschaftsentstehung angebracht sind, die Frage aber, ob es auch eine stillschweigende Ablehnung des Beitritts gibt, noch unentschieden bleiben (s. u. III). So viel ist jedenfalls sicher, und das scheint auch das RG. nicht bestreiten zu wollen: Die Eintragung im Register vermag einem an sich ungültigen Mitgliedschaftserwerb nicht zur Wirksamkeit zu verhelfen. Wo daher begründeter Anlaß zu Zweifeln an der Wirksamkeit vorliegt, ist der Registerrichter auch verpflichtet, den Zweifeln nachzugehen. Das spricht das RG. am Schlusse seiner Entsch. deutlich aus. Die dort niedergelegten Sätze sind für den Registerrichter von größter Wichtigkeit und werden m. W. von dem RG. zum erstenmal mit dieser Entschiedenheit aufgestellt. Wenn das RG. lediglich betont, daß der Registerrichter sein Augenmerk auch auf die Wirksamkeit der Beitrittserklärung — „ihrem Inhalt nach und nach dem Zeitpunkt ihrer Abgabe" — zu richten habe, so liegt darin wohl kaum ein Beiseiteschieben der vorher ja als wesentlich anerkannten Aufnahmeerklärung. Denn sonst wäre die Empfehlung, auf den Zeitpunkt der Abgabe der Beitrittserklärung zu achten, wohl nicht verständlich; dieser Zeitpunkt ist ja nur in Verbindung mit der Gegenerklärung der Genossenschaft erheblich.

Zu der grundsätzlichen Anerkennung der Aufnahme als materiellem Erfordernis steht in einem gewissen Widerspruch die mehr beiläufige Bemerkung, daß die Aufnahme zwar im Gesetz als sog. „Zulassung" Erwähnung gefunden habe, „ohne indessen im Abs. 3 des § 15 zu einer besonderen Vorbedingung der Entstehung der Mitgliedschaft erhoben zu sein". Dem ist zu entgegnen: § 15 enthält überhaupt keine erschöpfende Regelung der zur Entstehung der Mitgliedschaft notwendigen Erfordernisse. Abs. 1 des § 15 ist nur als Formvorschrift zu werten; im Zusammenhang damit wird zwar auch eine materielle Voraussetzung der Wirksamkeit (Bedingungsfeindlichkeit) erwähnt, aber im übrigen nichts darüber ausgesagt, welche Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Beitrittserklärung aufzustellen sind. Die Bedeutung von Abs. 3 des § 15 erschöpft sich in der Erhebung der Registereintragung zu konstitutiver Wirkung, d. h. in der Versagung unmittelbarer Wirkungen für die Erklärungen der Beteiligten ohne nachfolgende Eintragung in die Liste. Wenn hierbei durch Nebensatz hinzugefügt wird, daß die Eintragung „auf Grund der Erklärung und deren Einreichung stattfindet", so betrifft dies nur einen Hinweis auf die dem Registerrichter obliegenden Pflichten; ganz gewiß nicht sollte damit gesagt werden, daß Beitrittserklärung und Einreichung die materiell allein bedeutsamen Faktoren für den Mitgliedschaftserwerb seien.

Weiter äußert das RG. neben grundsätzlicher Anerkennung der „Aufnahme" als eines „allgemeinen Erfordernisses der körperschaftlichen Schöpfungshandlungen" den Zweifel, daß dieses Erfordernis bei der Übertragung von Aktien oder Geschäftsanteilen einer GmbH. „nur schwer ersichtlich zu machen" sei. Diese Abweichung für das Recht der Kapitalgesellschaft erklärt sich sehr einfach (vgl. meine Abh. in ZHR. S. 469): In diesen Fällen hat die Körperschaft, soweit sie nicht satzungsmäßig sich die Genehmigung des Mitgliedschaftserwerbs vorbehalten hat (nur bei Namensaktien und GmbH.-Anteilen), auf das Erfordernis der „Aufnahme" verzichtet, erklärt sich also bereit, jede Person, die eine Aktie oder einen Geschäftsanteil wirksam erworben hat, als Mitglied anzuerkennen.

III. Bei dieser Übereinstimmung im Grundsätzlichen sollte m. E. auch eine Einigung in der Frage, ob eine Beitrittserklärung durch Zeitablauf mangels nachfolgender Aufnahme ihre Wirkung wieder zu verlieren vermag, nicht allzu schwierig sein. Fest steht, daß die Beitrittserklärung allein (außer in den zuletzt erwähnten Ausnahmefällen) körperschaftsrechtlich keine Wirkungen hervorzubringen vermag. Fest steht ferner, daß die Einreichung einer Beitrittserklärung durch den Vorstand bei dem Registergericht zur Entstehung der Mitgliedschaft nicht ausreicht, wenn die Aufnahme bereits endgültig abgelehnt war. Fraglich bleibt nur, wie ein längeres Schweigen des Vorstands zu beurteilen ist.

Dabei ergibt sich zunächst, daß die Fragestellung nicht ganz korrekt ist. Insoweit muß ich mich auch selbst berichtigen. Man sollte nicht auf die Wirkung abstellen, die das Verhalten der Körperschaft auf die Beitrittserklärung ausübt. Vielmehr ist allein entscheidend, ob in dem Verhalten der Körperschaft eine Aufnahme oder eine Ablehnung zu erblicken ist. Ist die Aufnahme durch Erklärung gegenüber dem Beigetretenen erfolgt, so kann sie als sozialrechtliche Willenserklärung ebensowenig widerrufen oder angefochten werden, wie dem Beitretenden die Möglichkeit offensteht, die Wirkung seiner einmal abgegebenen Willenserklärung einseitig wieder zu vernichten. Eine solche Befugnis ist mit der Eigenart sozialrechtlicher Rechtsgeschäfte nicht vereinbar. Der Widerruf einseitiger Willenserklärungen — und nur um solche handelt es sich, da kein Vertrag vorliegt — ist auch ohnedies, nicht nur bei Geschäften sozialrechtlicher Natur, grundsätzlich ausgeschlossen, falls er nicht ausnahmsweise gesetzlich gestattet ist. Ebensowenig kann aber auch die Wirkung der Beitrittserklärung vom Ablauf einer gewissen Zeit und der Untätigkeit des Adressaten abhängen. Nun liegt jedoch in der Überreichung der schriftlichen Beitrittserklärung an den Vorstand mehr als die bloße Bekundung des Willens, Mitglied werden zu wollen. Damit wird die Aufforderung an die Körperschaft gerichtet, ihrerseits Stellung zu dem „Aufnahmegesuch" zu nehmen und sodann durch Veranlassung des Listeneintrags die Entstehung der Mitgliedschaft herbeizuführen. Die nun durch rein passives Verhalten des Geschäftsgegners entstehende Situation muß irgendwie ihre rechtliche Lösung finden. Da eine Rechtspflicht zum Reden nicht besteht, so muß das passive Verhalten des Adressaten ausgewertet werden. Das Schweigen auf solche rechtliche Aufforderung ist anerkanntermaßen stets als Ablehnung zu beurteilen. Als Zustimmung läßt es sich sicherlich nicht auffassen — das wäre für die Körperschaft von unabsehbaren Folgen begleitet —, es sei denn, daß nach der Satzung der Körperschaft etwa ein Aufnahmezwang bestünde. Auch eine dritte Deutung — Ablehnung einer Erklärung überhaupt oder auf gewisse Zeit — ist nicht vertretbar. Das würde eine zeitlich unbegrenzte Gebundenheit des Beigetretenen an seine Erklärung ergeben, ohne die Möglichkeit, diese Gebundenheit selbst (mangels Widerrufsrechts) lösen zu können; eine Auffassung, die eine Rechtsordnung nur unter elementarem Verstoß gegen Treu und Glauben im Verkehr billigen könnte. Daß die Frist, deren Ablauf im Einzelfall das Schweigen der Körperschaft zur Ablehnung werden läßt, nicht fest zu umgrenzen ist und den Umständen nach verschieden bemessen werden muß, steht nicht entgegen. Im Einzelfall ist diese Schwierigkeit, zu einer einwandfreien Entsch. zu gelangen, gar nicht so groß, wie es scheint. Jedenfalls ist zum mindesten nach Ablauf einer „angemessenen" Frist die Vermutung begründet, daß das Eintrittsgesuch als abgelehnt zu gelten hat, und es ist Sache der Genossenschaft, nachzuweisen, daß und warum darin keine Ablehnung zu sehen ist oder daß sie sich im Gegenteil für Aufnahme entschieden und diesen Entschluß rechtlich wirksam kundgegeben hat.

Der Fehler der reichsgerichtlichen Gedankenführung liegt m. E.

in der — allerdings nicht eindeutig und nicht ohne Bedenken — geäußerten Auffassung, daß eine Beitrittserklärung bis zur Eintragung widerruflich sei und sogar mit einer Befristung ihrer Wirksamkeit versehen werden könne. Damit sucht das RG. die für den BeschwF. so unbillige Wirkung seiner ablehnenden Entsch. abzuschwächen und gewissermaßen dem BeschwF. selbst die Schuld an der Lage, in die er gekommen ist, zuzuschieben. Aber damit wird von einem Laien und selbst von einem Juristen Unmögliches verlangt. Die Empfehlung eines solchen Wegs, um sich gegen die Verschleppung der Aufnahme zu schützen, erfolgt hier m. W. zum erstenmal durch das RG. Ich bestreite entschieden die rechtliche Zulässigkeit dieses Wegs. Wenn es dem Aktienzeichner gestattet ist, in der Zeichnungserklärung einen Zeitpunkt zu bestimmen, in dem die Zeichnung unverbindlich wird (§ 189 Abs. 3 Ziff. 4 HGB.), so gilt diese für Kapitalgesellschaften aus besonderen Gründen getroffene Ausnahme nicht für andere Körperschaften, insbes. nicht für § 15 GenG., wo jeder solche Hinweis im Gesetz fehlt, und es widerspricht das dem Verbot, irgendeine Bedingung, also auch eine dieser nahestehende Zeitbestimmung (gleichfalls gewillkürtes Tatbestandserfordernis des Rechtsgeschäfts), der Erklärung hinzuzufügen. Gerade aber weil dieser vom RG. gezeigte Weg tatsächlich ungangbar ist, kann die Lösung der entscheidenden Frage nur dahin ausfallen, daß das Schweigen der Genossenschaft als Ablehnung anzusehen ist.

Da in solchen Fällen von einer Ablehnung der Aufnahme auszugehen ist, ist eine Gleichstellung dieser Rechtslage mit der Rechtslage im Fall einer an Willensmängeln leidenden Beitrittserklärung nicht am Platz. Selbstverständlich wird auch eine durch Irrtum oder Betrug zum Beitritt veranlaßte Person trotz Eintragung nicht Mitglied, wenn es an der Aufnahme fehlt. Ein Genosse darf sich nicht auf die Mängel seiner Willenserklärung berufen, wohl aber stets darauf, daß es zu einer Aufnahme nicht gekommen ist, d. h. auf das Fehlen der Aufnahmeerklärung oder die erfolgte Ablehnung. Und genau so wenig wie eine in Wirklichkeit nicht abgegebene Beitrittserklärung zum Erwerb der Mitgliedschaft zu führen vermag, ist das bezüglich der nicht vorhandenen Aufnahmeerklärung der Fall. Die Einreichung der Beitrittserklärung durch den Vorstand ist rechtlich ohne Bedeutung, wenn schon vorher die Ablehnung erfolgt ist.

Wenn das RG. hinweist auf die soziale Unbilligkeit, die durch „reihenweise Vorgänge gleicher Art" für die Genossenschaft und deren Gläubiger entstehen kann, so ist zu erwidern, daß solche Folgen kaum eintreten können, wenn man die Haftung für veranlaßten Rechtsschein beachtet (vgl. meine Ausführungen in JW. 1934, 2106 ff.). Hiernach ist es den eingetragenen Nichtgenossen nicht ohne weiteres verstattet, jede Beziehung zur Genossenschaft zu leugnen. Diesen Gesichtspunkt übergeht das RG. vollständig.

Prof. Dr. Ruth, Frankfurt a. M.

*

11. §§ 170, 159 Abs. 2 ZPO. Maßgebend ist bei Abweichungen der Ausfertigung von der Urschrift der Wortlaut der Ausfertigung, die der Empfänger erhalten hat, weil nur dieser für die Entschließung des Empfängers maßgebend sein kann. (Laut Ausfertigung der Verfügung des Vorsitzenden war die Frist zum Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr und die Frist zur Einreichung der BerBegr. verlängert; in der Urschrift waren die letzteren sieben Worte gestrichen.)

(Beschl. v. 30. April 1935; VII B 7/35. — Köln.) [H.]

*

12. §§ 313 Nr. 3, 286 ZPO. Geben weder das Protokoll noch der Tatbestand oder die Gründe des Urteils irgend etwas darüber an, was die Zeugen befragt sind und ausgesagt haben und fehlt somit jede Grundlage für die Prüfung, ob die Zeugen erhebliche Bekundungen gemacht haben, so muß dieser von Amts wegen zu beachtende (RG.: JW. 1932, 2872) Verstoß auch nach der neueren Rechtsprechung des RG. (RGZ. 145, 390 = JW. 1935, 1021[9]) und des RArbG. (RArbG. 14, 176) zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

(U. v. 6. März 1935; V 447/34. — Hamm.) [v. B.]

*

13. §§ 319, 1025 ff. ZPO. Die Anwendbarkeit eines dem § 319 entsprechenden Verfahrens im schiedsrichterlichen Verfahren ist anerkannten Rechtens. Der ordentliche Richter hat aber zu prüfen, ob ein dem § 319 entsprechender Fall vorliegt. Dies ist nicht der Fall, wenn das Schiedsgericht seiner früheren Entsch. einen anderen Inhalt geben will, als damals beabsichtigt war.

(U. v. 22. März 1935; VII 264/34. — Naumburg.) [H.]

*

14. § 529 ZPO. § 529 Abs. 3 ZPO. findet auf neues Vorbringen und neue Beweismittel des Berufungsbeklagten nicht Anwendung; dafür gilt nur § 529 Abs. 2.†)

Der erste Richter hat für erwiesen gehalten, daß die übernommene Staffelabgabe an die T. nicht gezahlt worden ist, war aber der Ansicht, diese Abgabe sei nur in Höhe von 5000 *RM* entstanden, die die T. fordere, und daher seien auch nur 5000 *RM*, nicht noch weitere 1450 *RM* zu zahlen. Die 5000 *RM* seien aber von der Bekl. noch zu erlegen, weil anzunehmen sei, daß die Kl. beim Abschluß des Vergleichs v. 15. März 1932 vom Fortbestehen der Forderung der T. auf die Staffelabgabe nichts gewußt habe. Demgegenüber hat das BG. ausgesprochen, nach vorausgegangenem Schriftwechsel vom Febr. 1932 auf die Klage der T. hin zwischen dem RA. Dr. D. in Berlin als Vertreter der Kl. und dem Bekl. sei die Kl. im Zweifel darüber geblieben, ob die Forderung der T. bezahlt sei; deshalb greife der in dem Vergleich ausgesprochene Generalverzicht durch. Einen in der „letzten" mündlichen Verhandlung geschehenen Beweisantritt mit Zeugnis des RA. Dr. D. dafür, daß seine Anfrage über die Bezahlung der T. vom Bekl. mündlich dahin beantwortet worden sei, die T. sei bezahlt, weist das Urteil mit der Begründung gem. § 529 Abs. 3 ZPO. zurück, die Behauptung hätte in der Berufungsbegründung vorgetragen werden müssen. Daß die Kl. sie schon im ersten Rechtszug geltend gemacht habe — wofür nach dem Urteilstatbestand der klägerische Prozeßbevollmächtigte 1. Instanz RA. R. in Berlin als Zeuge benannt war —, ergebe sich weder aus den Schriftsätzen dieser Instanz noch aus dem Tatbestand des ersten Urteils.

Diese Begründung ist, wie der Rev., die die §§ 529 und 286 ZPO. als verletzt erachtet, zugegeben ist, nicht haltbar. Sie übersieht, daß die Kl. nicht Berufungsklägerin, sondern Berufungsbeklagte gewesen ist, also eine Berufungsbegründung gar nicht abzugeben hatte und abgegeben hat. Soweit sie als Berufungsbeklagte das erste Urteil zu verteidigen bestrebt war, konnten neues Vorbringen und neue Beweismittel von ihr nicht nach § 529 Abs. 3 ZPO., sondern nur etwa nach § 529 Abs. 2 ZPO. oder bei Verspätung innerhalb der Instanz nach §§ 523, 279, 283 Abs. 2 ZPO. zurückgewiesen werden, was nicht geschehen und begründet worden ist. Aus der Begründung, die ausdrücklich auf das Fehlen des neuen Vorbringens und Beweismittels in der Berufungsbegründung abgestellt ist, ergibt sich, daß nicht etwa nur versehentlich, wie die Revisionsbeantwortung glaubte, der Abs. 3 des § 529 statt des Abs. 2 angeführt ist. Daneben war allerdings die Kl. auch Anschlußberufungsklägerin und für die Anschlußberufung, die nach § 522a ZPO. durch Einreichung einer Anschlußschrift beim BG. zu geschehen hat und vor Ablauf der Begründungsfrist (§ 519 Abs. 2) oder, sofern sie später erfolgt, in der Anschlußschrift begründet werden muß, gilt nach § 522a Abs. 3 ZPO. ebenfalls die Vorschrift des § 519 Abs. 3, daß die Begründung auch die neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden enthalten muß, die die Partei zur Rechtfertigung ihrer Berufung anzuführen hat. Aber in dem jetzt angefochtenen Urt. fehlt die Zurückweisung des Vorbringens und des Beweismittels für die Anschlußberufung überhaupt.

(U. v. 1. Febr. 1935; IV 272/34. — Berlin.) [K.]

Anmerkung: Die Richtigkeit der Entsch. ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Nach § 529 Abs. 3 finden die Vorschriften des Abs. 2 Satz 1 desselben Paragraphen entsprechende Anwendung, wenn der Berufungskläger neues Vorbringen, entgegen den Vorschriften des § 519 nicht in der Berufungsbegründung mitgeteilt hat. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes bezieht sich diese Vorschrift somit lediglich auf das Vorbringen des Berufungsklägers und nicht

auf das des Berufungsbeklagten. Die Vorschrift des § 529 Abs. 3 stellt eine Ergänzung des § 519 Abs. 3 Ziff. 2 dar. Hiernach muß die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung sowie der neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden, die die Partei zur Rechtfertigung ihrer Berufung anzuführen hat, enthalten. Durch diese Vorschrift wird jedoch nicht verhindert, daß der Berufungskläger neues Vorbringen, das er in der Berufungsinstanz geltend machen will, trotzdem in der Berufungsbegründungsschrift nicht angibt. Wie ich bereits in der Besprechung in der JW. (1935, S. 778) ausführlich dargelegt habe, enthalten die Vorschriften des § 519 Abs. 3 Ziff. 2 die gesetzliche Regelung von zwei Arten einer Berufungsbegründung. Die 1. ist die, daß der Berufungskläger im einzelnen ausführt, der Vorderrichter habe den Sachverhalt in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht falsch gewürdigt. Die 2. Möglichkeit ist die, daß der Berufungskläger zur Rechtfertigung der Berufung neue Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden anführt. Die Berufung ist ordentlich begründet und damit zulässig, wenn der Berufungskläger einer der beiden Möglichkeiten genügt. Es besteht daher die Möglichkeit, daß der Berufungskläger, obgleich er in der Berufungsinstanz neue Tatsachen vorzubringen gedenkt, in der Berufungsbegründung lediglich Berufungsgründe im engeren Sinne anführt, d. h.: er rügt, daß der Vorderrichter den Sachverhalt falsch gewürdigt habe. Das spätere Vorbringen der neuen Tatsachen bietet dann trotzdem nicht die Möglichkeit, die Berufung nachträglich als unzulässig, weil nicht gehörig begründet, zurückzuweisen. Um den hierdurch gegebenen Verschleppungsmöglichkeiten zu begegnen, ist die Bestimmung des § 529 Abs. 3 erlassen worden, die dem Richter die Möglichkeit gibt, solches Vorbringen zurückzuweisen.

Mit Recht führt das RG. weiter aus, daß der § 529 Abs. 3 ZPO. auch auf neues Vorbringen des Anschlußberufungsklägers anzuwenden ist. Hier ergibt sich jedoch die Frage, wie die Vorschrift des § 529 Abs. 3 zu handhaben ist, wenn, wie im vorliegenden Falle, bzgl. eines einheitlichen Anspruchs der Berufungsbeklagte gleichzeitig Anschlußberufungskläger ist. Hier könnte sein neues Vorbringen, das in gleicher Weise zur Abwehr der Berufung des Gegners und zur Begründung der Anschlußberufung vorgebracht ist, nur insoweit zurückgewiesen werden, als es zur Begründung der Anschlußberufung dient. Das könnte dazu führen, daß die durch das neue Vorbringen veranlaßte Beweisaufnahme zwar die Berufung als unbegründet erscheinen läßt, dennoch aber der Anschlußberufung nicht zum Erfolge verhelfen kann, weil sie wegen Beweisfälligkeit zurückzuweisen ist, und zwar obgleich die Beweisaufnahme ergeben hat, daß sie an sich begründet ist. Dieses Ergebnis ist offenbar nicht befriedigend. Es wird sich nur dadurch vermeiden lassen, daß man annimmt, daß die zur Abwehr der Berufung vorgebrachten, rechtlich erheblichen Tatsachen, wenn sie zu einer Beweisaufnahme bzgl. der Berufung führen, niemals eine Verzögerung des Anschlußberufungsverfahrens herbeiführen können, weil die Beweise sowieso in Hinsicht auf die Abwehr der Berufung hätten erhoben werden müssen. Tritt somit durch das neue Vorbringen eine Verzögerung des Verfahrens nicht ein, dann ist § 529 Abs. 3 nicht anwendbar, weil nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 529 Abs. 2 eine Zurückweisung nur dann erfolgen darf, wenn die neuen Tatsachen den Rechtsstreit verzögern würden.

RA. Alfred Herriger, Düsseldorf.

*

**15. §§ 1032, 1041 Ziff. 1 ZPO.

1. Mit der Aufhebungsklage kann die Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens wegen Befangenheit von Schiedsrichtern nur dann geltend gemacht werden, wenn das nach § 1045 ZPO. angerufene Gericht das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt hat.

2. Das Ablehnungsgesuch gegen Schiedsrichter kann bei dem Gericht des § 1045 ZPO. bis zur Niederlegung des Schiedsspruchs angebracht werden, das Gericht des § 1045 ZPO. hat über das Ablehnungsgesuch zu entscheiden, auch wenn die Niederlegung des Schiedsspruchs inzwischen erfolgt ist.

3. Erklärt das nach § 1045 ZPO. vor Niederlegung des Schiedsspruchs angerufene Gericht das Ablehnungsgesuch nach dem Erlaß des Schiedsspruches für begründet, so muß die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens mit der Aufhebungsklage geltend gemacht werden.†)

Das BG. führt aus, das Verfahren des Schiedsgerichts wäre nur dann als unzulässig anzusehen, wenn der Antragsgegner mit seinen wiederholten Ablehnungsgesuchen im Laufe des Schiedsverfahrens Erfolg gehabt und wenn bei der Entscheidung ein mit Erfolg abgelehnter Schiedsrichter mitgewirkt hätte. Vorliegend habe der Antragsgegner jedoch mit seinen verschiedenen Ablehnungsversuchen keinen Erfolg gehabt. Die Mitwirkung der abgelehnten Schiedsrichter mache daher das Verfahren des Schiedsgerichts keineswegs unzulässig. Diese Ausführungen sind richtig. Trotz dieser Stellungnahme läßt sich das BG. dann aber auf eine sachliche Prüfung der vorgebrachten Ablehnungsgründe ein, die zum Teil nach der Entscheidung über die Ablehnungsgesuche dem Antragsgegner erst bekannt geworden sein sollen. Das ist unzulässig.

Wie der erk. Sen. bereits in dem Urt. VII 29/34 vom 28. Sept. 1934 (RGZ. 145, 171 = JW. 1934, 3279[16]; 1935, 426[9]) mit eingehender Begründung ausgeführt hat, ist es nicht richtig, daß das Prozeßgericht über die vor dem Schiedsgericht erklärte Ablehnung eines Schiedsrichters im Aufhebungsverfahren zu entscheiden hat, wenn es vor dem Erlaß des Schiedsspruchs nicht zu einer Entscheidung des staatlichen Gerichts gemäß § 1045 ZPO. gekommen ist. Nachdem das Gesetz die Entscheidung über die Ablehnung eines Schiedsrichters dem Beschlußverfahren zugewiesen hat, ist der Klageweg dafür ausgeschlossen, und es kann auch nicht als zulässig gelten, mittelbar den Klageweg doch wieder dadurch zu eröffnen, daß die Ablehnung eines Schiedsrichters als Aufhebungsgrund gemäß §§ 1041, 1046 ZPO. noch nach Erlaß des Schiedsspruches geltend gemacht wird, wenn, wie es in VII 29/34 der Fall war, während des schiedsrichterlichen Verfahrens ein Antrag an das staatliche Gericht aus §§ 1045 f. ZPO. überhaupt nicht gestellt worden ist.

Vorliegend hatte der Antragsgegner Ablehnungsgesuche bei dem staatlichen Gericht gestellt. Zwei Ablehnungsgesuche gegen die Schiedsrichter S. und P. waren von den zuständigen staatlichen Gerichten in D. rechtskräftig für unbegründet erklärt. Damit waren diese Ablehnungsgründe endgültig erledigt (Urt. v. 12. Nov. 1915: SeuffArch. 71 Nr. 222). Am 24. Okt. 1933 hatte der Antragsgegner dann ein neues Ablehnungsgesuch eingereicht; dieses Gesuch ist jedoch wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts abgelehnt und die hiergegen erhobene Beschwerde zurückgewiesen worden. Damit ist der gleiche Zustand hergestellt, wie wenn das Ablehnungsgesuch überhaupt nicht an das staatliche Gericht gegangen wäre. Eine Entscheidung des staatlichen Gerichts, durch die ein Ablehnungsgesuch für begründet erklärt ist, liegt nicht vor. Nur eine solche Entscheidung würde aber das schiedsrichterliche Verfahren unzulässig machen. Dies wäre allerdings, wie hinzugefügt werden mag, auch dann der Fall, wenn die Entscheidung zwar vor der Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens (Niederlegung des Schiedsspruchs) beantragt, aber erst nachher ergangen wäre. Insofern steht die Rechtswirksamkeit des Schiedsspruchs, wenn ein Ablehnungsgesuch bei dem staatlichen Gericht rechtzeitig eingereicht ist, unter dem Vorbehalt, daß dieses Gesuch nicht für begründet befunden wird. Wird es für begründet befunden, so kann die Unwirksamkeit des Schiedsspruches mit der Aufhebungsklage geltend gemacht werden. Auf diesem Standpunkt steht schon das bereits angeführte Urt. v. 12. Nov. 1915, VII 211/15, das die Entscheidung des rechtzeitig nach § 1045 ZPO. wegen der Ablehnung angerufenen Richters auch noch nach Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens für zulässig hält. Das Urt. läßt aber die Frage offen, ob nicht der Prozeßrichter im Aufhebungsverfahren über die Frage der Berechtigung der Ablehnung entscheiden könne, solange jene Entscheidung nicht vorliege. In VII 29/34 bestand keine Veranlassung zur Entscheidung dieser Frage; sie ist dahin zu beantworten, daß über das rechtzeitig gestellte Ablehnungsgesuch auch nach Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens nur der nach § 1045 ZPO. zuständige Richter zu entscheiden hat, nicht der Prozeßrichter im Aufhebungsverfahren. Daraus, daß die Rechtswirksamkeit des ergangenen Schiedsspruches unter dem Vorbehalt steht, das noch vor der Niederlegung angebrachte Ablehnungsgesuch dürfe nicht für begründet erklärt werden, ist gegen diesen Standpunkt nichts

herzuleiten. Derartige Schwebezustände kommen auch bei Urt. der ordentlichen Gerichte vor; so steht das vor Rechtskraft des Grundurteils erlassene Urt. über den Betrag unter dem Vorbehalt, daß das Grundurteil Rechtskraft erlange (§ 304 ZPO.). Der Prozeßrichter im Aufhebungsverfahren ist an die im Ablehnungsverfahren ergehende Entscheidung gebunden, mag sie vor oder nach Erlaß des Schiedsspruches ergehen. Sollte das Ablehnungsverfahren noch nicht beendet sein, hat der Prozeßrichter die Entscheidung abzuwarten. Nachdem die Prozeßnovelle v. 17. Mai 1898 die Entscheidung über die Ablehnung von Schiedsrichtern durch § 1045 ZPO. einen besonderen Beschlußverfahren zugewiesen hat, ist dieses Verfahren die einzige Möglichkeit, die Ablehnung von Schiedsrichtern durchzuführen, und es besteht — entgegen der Ansicht von Jonas, Komm. z. ZPO., 15. Aufl., Anm. 24 zu § 1032 ZPO., sowie JW. 1935, 426, Anm. zu Nr. 9 — kein Anlaß, das gerichtliche Beschlußverfahren über die Ablehnung auf die Zeit bis zum Erlaß des Schiedsspruchs zu beschränken.

Kann hiernach mit der Aufhebungsklage die Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens wegen Befangenheit von Schiedsrichtern nur geltend gemacht werden, wenn das nach § 1045 ZPO. angerufene Gericht das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt hat, so folgt daraus weiter, daß in dem Aufhebungsverfahren auch solche Ablehnungsgründe nicht mehr geltend gemacht werden können, die der Ablehnende erst nach Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens erfahren hat. Die von der Rev. hiergegen angeführte Entsch. VII 2/19 vom 1. April 1919 (Recht 1919 Nr. 1840) steht nicht entgegen, da in ihr die Frage ausdrücklich unentschieden gelassen ist.

(U. v. 9. April 1935; VII 359/34. — Düsseldorf.)

Anmerkung: Zu der in RGZ. 145, 171 (= JW. 1934, 3279; 1935, 426) offengelassenen Frage, ob der Ablehnungsstreit nach inzwischen erlassenem Schiedsspruch weiter in dem Beschlußverfahren nach § 1045 ZPO. oder in dem Aufhebungs- bzw. Vollstreckbarerklärungsverfahren auszutragen ist, hat nunmehr das RG. in ersterem Sinne Stellung genommen. Ich hatte mich bei Besprechung der Vorentscheidung JW. 1935, 426 entgegengesetzt ausgesprochen. Ich darf an die dortigen Ausführungen anknüpfen.

Zunächst um das Feld abzugrenzen — außer Streit steht, daß die Geltendmachung von Ablehnungsgründen eine eindeutige Ablehnungserklärung vor dem Schiedsgericht oder dem Gegner zur Voraussetzung hat: wenn ich mich in Kenntnis des Ablehnungsgrundes vorbehaltslos auf das Schiedsverfahren einlasse oder das Verfahren nach Kenntniserlangung vorbehaltslos fortsetze, so begebe ich mich damit jeder Möglichkeit, den Ablehnungsgrund geltend zu machen. Daraus folgt weiter, daß aus Umständen, die erst nach Erlaß des Schiedsspruchs entstanden oder zur Kenntnis der Partei gelangt sind, eine Ablehnung niemals hergeleitet werden kann — es bleibt nur der Aufhebungsgrund wirklicher Rechtsbeugung; aus dem Verdacht oder der Möglichkeit einer solchen kann die Partei irgendein Begehren jetzt nicht mehr herleiten. Den Bereich der vorl. zur Erörterung stehenden Frage bilden demnach die Fälle, wo die Partei die Ablehnung dem Schiedsrichter bereits erklärt hatte.

Das Gesetz weist die Entsch. in § 1045 dem ordentl. Gericht im Beschlußverfahren zu, gestattet aber in § 1037 — um Verschleppungsmöglichkeiten hintanzuhalten — den Schiedsrichtern, trotz der Ablehnungserklärung den Spruch zu erlassen. Nach Ansicht des RG. soll das in dem Ablehnungsstreit gem. § 1045 angerufene Gericht auch noch nach Erlaß des Schiedsspruchs entscheiden. Eine Begründung gibt die Entsch. eigentlich nicht: die Bemerkung, daß nach der Novelle von 1898 das Beschlußverfahren die „einzige Möglichkeit" zur Durchführung des Ablehnungsstreits biete und daß kein Anlaß zu einer zeitlichen Beschränkung dieses Satzes auf die Zeit bis zum Erlaß des Schiedsspruchs bestehe, besagt im Grunde nichts.

Ich möchte dem RG. drei Bedenken entgegenhalten:

a) Zunächst die Parallele zum ordentl. Verfahren. Ergeht vor rechtskräftiger Entsch. des Ablehnungsstreits das Urteil, so erledigt sich, wie allgemein angenommen wird, damit das Beschlußverfahren; die noch anhängige Beschwerde wird gegenstandslos (RGZ. 66, 46 f. u. weit. Nachw. bei Stein-Jonas § 46 N. 4). Es ist für die einem besonderen Verfahren zugewiesenen Zwischenstreitigkeiten allgemeiner Grundsatz, daß der Zwischenstreit, insbes. die Beschwerde, gegenstandslos wird, wenn diejenige Prozeßlage, für die Abhilfe begehrt wird, zu bestehen aufgehört hat, vgl. das. § 575 Bem. I. Ein Grund, der es rechtfertigte, hier die Lage anders einzusehen, besteht m. E. nicht.

b) Das RG. hat den in Rede stehenden Grundsatz ohne Einschränkung aufgestellt und muß ihn folgerichtig m. E. auch in dem Falle gelten lassen, wo ein gerichtliches Ablehnungsverfahren vor Erlaß des Schiedsspruchs noch nicht anhängig war. Zu denken ist an den naheliegenden Fall: ein Konflikt in der Verhandlung vor dem Schiedsgericht gibt der Partei Anlaß, einen Schiedsrichter die Ablehnung zu erklären — gleichwohl erläßt das Schiedsgericht alsbald den Spruch, ehe die Partei das staatliche Gericht nach § 1045 angerufen hat. Soll nun auch hier der Ablehnungsstreit im Verfahren nach § 1045 ausgetragen werden müssen? Soll die Partei die Aufhebungsklage erst nach Durchführung des Ablehnungsstreits erheben dürfen und soll sie andererseits, wenn der Gegner die Vollstreckbarerklärung nachsucht, den Ablehnungsgrund nicht nach § 1041 Nr. 1 einredeweise geltend machen dürfen, vielmehr genötigt sein, zur Stützung ihres Einwandes erst ein Ablehnungsverfahren nach § 1045 einzuschieben, das u. U. zwei Instanzen durchläuft?

c) Im § 1045 sind nicht nur die Ablehnungsstreitigkeiten, sondern auch andere, insbes. die Streitigkeiten über die Ernennung der Schiedsrichter und über das Erlöschen des Schiedsvertrags dem Beschlußverfahren zugewiesen. Der vom RG. aufgestellte Satz müßte eigentlich folgerichtig auch für diese anderen Streitigkeiten gelten. Das hieße: auch die Frage, ob z. B. das Schiedsgericht infolge Rücktrittserklärung von irgendeiner Seite oder dgl. seine Entscheidungsbefugnis verloren hat, dürfte nicht nach § 1041 Nr. 1 im Aufhebungs- oder Vollstreckbarerklärungsverfahren, sondern nur in einem besonderen zwischengelagerten Beschlußverfahren behandelt werden. Ich möchte kaum annehmen, daß das RG. diese Folgerung ziehen würde; Gründe, zwischen den verschiedenen in § 1045 gemeinsam dem Beschlußverfahren zugewiesenen Streitigkeiten zu differenzieren, sehe ich aber nicht. —

Diese Bedenken werden wesentlich durch folgende praktische Erwägungen gestützt: Wie das RG. selbst andeutet, sind prozessuale Schwebezustände mißlich, das gilt in noch verstärktem Maße von Gabelungen an sich einheitlicher Verfahren. Daß sich bei der Vielgestaltigkeit prozessualer Bilder solche Mißlichkeiten nicht völlig ausschließen lassen, ist richtig; soweit irgend möglich, sollte man sie aber unbedingt vermeiden. Man vergegenwärtige sich: Fast regelmäßig werden — gleichviel ob im Aufhebungsprozeß oder als Einwand im Vollstreckbarerklärungsverfahren — Aufhebungsgründe in starker Kumulation vorgebracht. Es ist leider ein durch unzählige Entsch. belegter Erfahrungssatz, daß, wenn sich aus einem Schiedsverfahren Weiterungen ergeben, der Kampf mit allen Mitteln prozessualer Taktik geführt wird. Der Einwand fehlerhafter Besetzung des Schiedsgerichts, Überschreitung seiner Entscheidungsbefugnis, wesentliche Verfahrensverstöße usw. werden regelmäßig gehäuft geltend gemacht. Es ist nun vom Standpunkte einer zweckmäßigen Konzentration und Ökonomie des Verf. alles andere als praktisch, wenn die eine Gruppe von Einwendungen im Vollstreckbarerklärungs- bzw. Aufhebungsverfahren und die andere in einem parallelen Verfahren, u. U. in der Beschwerdeinstanz, behandelt wird — mit dem Ergebnis, daß die eine Stelle auf die Entsch. der anderen wartet und ihr Verfahren, Beweisaufnahme usw., durch die Entsch. der anderen wieder gegenstandslos werden kann — vom Hinundherwandern von Beiakten u. dgl. ganz zu schweigen.

Demgegenüber ist es eine wesentlich klarere Lage: Ist ein Schiedsspruch einmal ergangen, so gibt es nur ein Verfahren über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Schiedsspruchs, sei es in positiver Richtung als Vollstreckbarerklärungsverfahren, sei es in negativer als Aufhebungsverfahren. Der Ausspruch über die Ablehnung nach Erlaß des Schiedsspruchs ist in der Tat nichts Halbes und nichts Ganzes: der positive Ausspruch bringt dem obsiegenden Teile nichts, so lange die Aufhebung nicht nachfolgt, denn die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruchs bleibt vorerst bestehen, und der negative Ausspruch gibt dem Gegner noch keinerlei Klarheit, denn er weiß nicht, ob nicht im Vollstreckungsverfahren noch allerlei weitere Einwände vorgebracht werden. Den prozessualen Komplikationen, die sich vollends ergeben, wenn man die oben zu b und c angedeuteten Gedanken weiterverfolgt, möchte ich hier nicht weiter nachgehen.

Wenn der von mir vertretenen Ansicht schließlich etwa entgegengehalten wird, die Nichtfortsetzung eines einmal begonnenen Ablehnungsstreits sei prozessualer Leerlauf, so wiegt dieser Einwand nicht schwer; denn, wenn in dem Ablehnungsbeschlußverfahren schon Ermittlungen angestellt sind, werden sie selbstverständlich in dem anschließenden Hauptverfahren verwertet werden, und wenn es zu solchen noch nicht gekommen ist, so war das Ablehnungsverfahren eben erst im Anfangsstadium. —

Ich möchte nach alledem annehmen, daß die vorl. Entsch. noch nicht das letzte Wort des RG. in der Frage gewesen ist.

MinR. Dr. Jonas, Berlin.

Reichsgericht: Strafsachen

16. § 20a Abs. 1 StGB. Der Umstand, daß die durch die früheren Straftaten vom Angekl. erlangten Werte nicht besonders hoch gewesen sind und daß die früheren Urteile dem Angekl. mildernde Umstände zugebilligt haben, zwingen das Gericht, das über die Frage der Anordnung der Sicherungsverwahrung zu entscheiden hat, nicht, eine solche Verurteilung außer Betracht zu lassen (RG.: JW. 1934, 1496[13]; ferner 3 D 1023/34 v. 15. Nov. 1934).

(3. Sen. v. 3. Juni 1935; 3 D 376/35.)

*

17. Nach § 120 Abs. 1 StGB. wird nicht nur bestraft, wer einen Gefangenen vorsätzlich befreit, sondern auch derjenige, der einem Gefangenen zur Selbstbefreiung vorsätzlich behilflich ist. Die Vorschrift unter Abs. 2 daselbst, wonach schon der Versuch strafbar ist, findet auch dann Anwendung, wenn die Tat in der Beihilfe zur Selbstbefreiung eines Gefangenen besteht. Insoweit handelt es sich nicht um die Beihilfe zu einer Handlung, durch deren Strafbarkeit auch die Beihilfe erst strafbar wird, sondern um ein selbständiges Vergehen, das sich gerade dadurch auszeichnet, daß die Tat an sich straflos, die vorsätzliche Beihilfe dazu aber strafbar ist. Der Versuch einer solchen nach § 120 Abs. 1 StGB. zur selbständigen Tat erhobenen Beihilfe liegt dann vor, wenn der Gehilfe alles getan hat, was er für erforderlich hielt und zu tun beabsichtigte, um dem Gefangenen die Selbstbefreiung zu ermöglichen oder zu erleichtern, diese jedoch nicht verwirklicht worden ist (RG. 1 D 1013/10 v. 19. Dez. 1910 [GoltdArch. 59, 116] und 2 D 1250/28 v. 29. April 1929 [JW. 1929, 2714[14]]).

(3. Sen. v. 9. Mai 1935; 3 D 355/35.)

*

18. § 139 StGB. Wegen unterlassener Anzeige kann nur bestraft werden, wer nachweislich nicht zu den Teilnehmern des Vorhabens gehört.

Nach den Feststellungen des SchwG. hat der Angekl. zwar nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden können, daß sie dem Angekl. K. zur Begehung seiner Tat wissentlich durch Rat oder Tat Hilfe geleistet habe; es ist aber ein erheblicher Verdacht gegen sie bestehen geblieben, daß sie an der Tat selbst beteiligt gewesen ist. Wegen unterlassener Anzeige kann aber nur bestraft werden, wer nachweislich nicht zu den Teilnehmern des Vorhabens gehört. Wer der Teilnahme an der Tat auch nur verdächtig ist, kann nicht nach § 139 StGB. bestraft werden (vgl. RGUrt.: JW. 1932, 57[16] = JurRdsch. 1931 Nr. 1396 = DRZ. 1931 Rspr. Nr. 439; JW. 1934, 1357[15] = JurRdsch. 1934 Nr. 1326; JW. 1933, 2395[12]). Da hiernach der Angekl. der Tatbestand des § 139 StGB. bisher nicht einwandfrei nachgewiesen worden ist, bedarf es insoweit der Aufhebung des angefochtenen Urteils und der Zurückverweisung an die Vorinstanz. Die Aufhebung des angefochtenen Urteils erstreckt sich auch auf die Freisprechung von der Anklage wegen Beihilfe zum versuchten Morde und versuchten Raube. Es handelt sich bei der ganzen Tat um denselben geschichtlichen Vorgang, der sich nicht in zwei Teile spalten läßt. Das Gericht durfte die Angekl. nicht freisprechen, wenn es sie der ihr zur Last gelegten Beihilfe nicht für überführt und nur den Tatbestand des § 139 StGB. für nachgewiesen hielt. Es durfte nicht die Angekl. wegen desselben geschichtlichen Vorgangs teils verurteilen, teils freisprechen. Die gleichwohl ausgesprochene Freisprechung ist unbeachtlich.

(3. Sen. v. 1. April 1935; 3 D 210/35.)

****19.** § 266 StGB. Wird bei einer Warenbestellung vom Besteller eine Vorauszahlung geleistet, benutzt aber der Bestellungsempfänger dieses Geld entgegen der Erwartung des Bestellers nicht zum Ankaufe der bestellten Sache, so ist damit der Untreuetatbestand noch nicht erfüllt.†)

Der Angekl. hat bei Privatpersonen Bestellungen auf silberne Eßbestecke und anderes Silbergerät, zum Teil auch auf deren Gravierung, aufgesucht und entgegengenommen, die er selbst erst bestellen und einkaufen wollte, hat von den Bestellern Vorauszahlung des von ihm ihnen berechneten Preises verlangt und erhalten und hat in einem Fall nur einen Teil, in den anderen Fällen nichts von den bestellten Gegenständen geliefert, im Umfang der Nichtlieferung in den Fällen S., B. und L. auch die Waren nicht eingekauft, sondern das ihm vorausgezahlte Geld anderweit zu eigenem Nutzen verwendet, im Falle G. zwar unwiderleglich mit dem erhaltenen Gelde Waren der bestellten Art bezogen, als sie aber in mangelhaftem Zustande eintrafen, diese an andere Personen billig abgesetzt und keine Schritte zur Erlangung einwandfreier Ware für G. unternommen. Nach dem Urt. nahm der Angekl. die Bestellungen in eigenem Namen und für eigene Rechnung auf. Er erhielt nicht etwa von den Bestellern den Auftrag, als Vermittler für sie die Waren billigst und bestens einzukaufen. Die vorausgezahlten Gelder wurden mit dem Empfang Eigentum des Angekl., so daß eine Unterschlagung der Gelder nicht in Frage kam. Beim Verlangen und beim Empfang der Vorauszahlungen hatte der Angekl. noch die Absicht, das Geld zur Anschaffung der bestellten Waren zu verwenden und diese den Bestellern zu liefern. Bei dieser vom RevG. nicht nachzuprüfenden tatsächlichen Annahme des LG. hat es also auch rechtlich einwandfrei die Verurteilung wegen Betrugs abgelehnt.

Es hat aber in den vier Fällen den Treubruchstatbestand der Untreue nach § 266 StGB. n. F. als erfüllt angesehen und dazu ausgeführt: Der Angekl. habe sich bei der Aufnahme der Bestellungen, wie den Bestellern bekannt gewesen sei, in sehr schwierigen Vermögensverhältnissen befunden; auf seine Versicherung, daß er selbst bei seinen Lieferfirmen bar bezahlen müsse, hätten ihm die Besteller die Vorauszahlungen nur in der Erwartung und mit dem Willen gewährt, daß er ihr Vertrauen rechtfertige und die Gelder zum Ankaufe der bestellten Gegenstände verwende, oder mindestens einen entsprechenden Betrag dafür bereit halte, damit er jederzeit die Waren seinen Lieferfirmen bezahlen könne; es habe sich so um ein wirtschaftliches Sondervermögen gehandelt, über das der Angekl. nur entsprechend den Vermögensinteressen seiner Besteller habe verfügen dürfen; über alles das sei er sich im klaren gewesen; dadurch, daß er in den Fällen S., B. und L. die Beträge anderweit verwandte, ohne ersatzfähig zu sein, und daß er im Falle G. nicht um Erlangung einwandfreier Ersatzware bemüht blieb, habe er unter Verletzung der ihm aus dem Vertrauensverhältnis zu den Bestellern erwachsenen Treupflicht sie geschädigt, was er vorausgesehen und gebilligt habe.

Mit dieser Begründung war die Verurteilung nicht zu rechtfertigen.

Die Pflicht zur Erfüllung von Vertragsbedingungen ist nicht gleichbedeutend mit der Pflicht, i. S. des § 266 StGB. die Vermögensinteressen eines anderen wahrzunehmen oder zu betreuen. Wie eine solche Pflicht des Käufers nicht ohne weiteres beim Verkauf auf Kredit besteht, so ist sie auch im umgekehrten Falle für den Verkäufer noch nicht aus der Tatsache zu begründen, daß der Käufer eine Vorauszahlung auf eine bestellte Ware geleistet, und zwar auch dann nicht, wenn er sie mit Wissen des Verkäufers diesem trotz dessen schlechter Vermögensverhältnisse nur aus besonderem Vertrauen auf seine persönliche Zuverlässigkeit und in der sicheren Erwartung gewährt hat, daß er das Geld zum Ankauf der bestellten Ware verwenden werde. Was die Besteller hierüber gedacht haben, ist nicht von entscheidender Bedeutung.

Das RG. hat bereits in RGSt. 69, 58 = JW. 1935,

941[26] darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber durch die neuen Untreuebestimmungen hauptsächlich im Kampf gegen „Schiebertum" und „Korruption" den strafrechtlichen Schutz von Treu und Glauben im Verkehr sowie die Sicherung des gegenseitigen Vertrauens in Handel und Wandel erweitern und verstärken, aber den Bereich nicht ins Ungemessene erweitern wollte. Das ist auch bei Beantwortung der Frage zu beachten, was unter der Pflicht zu verstehen ist, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen und zu betreuen. Hierzu ist dort ausgeführt: es sei an Pflichten oder Pflichtenkreise gedacht, die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken, so daß der Verpflichtete für ihre Erfüllung einen gewissen Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbständigkeit habe, möge auch ein solcher Pflichtenkreis an Bedeutung und Umfang hinter dem eines Vormunds, eines Testamentsvollstreckers oder anderer Vermögensverwalter im eigentlichen Sinne mehr oder weniger zurückbleiben und sich mehr einer einzelnen Geschäftsbesorgung i. S. des bürgerlichen Rechts nähern.

Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben, wo nur Vorauszahlungen bei Einzelwarenbestellungen geleistet wurden, die der Angekl. in eigenem Namen und für eigene Rechnung aufnahm und ausführen sollte und wollte. Er hatte nicht Vermögensinteressen der Besteller wahrzunehmen. Ob eine Pflicht hierzu anzuerkennen gewesen wäre, wenn die Besteller ihn beauftragt hätten, auf ihre Kosten oder auch auf ihren Namen ihnen die Waren bestens und billigst zu besorgen, bedarf nicht der Erörterung, da ein solcher Fall nach den Feststellungen des LG. nicht gegeben war.

(2. Sen. v. 25. Febr. 1935; 2 D 57/35.)
<= RGSt. 69, 146.>

Anmerkung: Das vorliegende Urt. des 2. Sen. rührt an Fragen von großer grundsätzlicher Bedeutung. Ihm liegt folgender einfache Sachverhalt zugrunde: Der Angekl. hatte Bestellungen auf Silbergerät aufgesucht und entgegengenommen, das er selbst erst (in eigenem Namen und für eigene Rechnung) bestellen und einkaufen wollte. Die Anzahlungen, die er darauf von den Bestellern erhielt, verwendete er für sich. Das LG. hat eine Bestrafung wegen Unterschlagung abgelehnt, weil die vorausgezahlten Gelder mit dem Empfang Eigentum des Angekl. geworden seien; Betrug hat es verneint, weil der Angekl. bei Erhalt der Vorauszahlungen noch die Absicht gehabt habe, das Geld zur Anschaffung der bestellten Waren zu verwenden und diese den Bestellern zu liefern; es hat schließlich wegen Untreue verurteilt, weil es sich bei dem Geld um wirtschaftliches Sondervermögen gehandelt habe, über das der Angekl. nur entsprechend den Vermögensinteressen seiner Besteller habe verfügen dürfen.

Der 2. Sen. beanstandet diese Verurteilung mit der schon in einem Urt. des 1. Sen. aufgestellten Behauptung (abgedr. JW. 1935, 941[26]), daß die Pflicht zur Erfüllung von Vertragsbedingungen nicht gleichbedeutend sei mit der Pflicht, i. S. des § 266 StGB. die Vermögensinteressen wahrzunehmen und zu betreuen. „Vermögensinteressen" i. S. des Gesetzes habe der Angekl. nicht wahrzunehmen gehabt.

Diese These halte ich nicht für richtig. Zutreffend ist allerdings, daß von einem Treuverhältnis i. S. des § 266 in der Tat nur da die Rede sein kann, wo die Pflicht zur Betreuung fremder Vermögensinteressen Hauptgegenstand des Innenverhältnisses ist. Nicht zu billigen ist aber der abstrakte Beurteilungsmaßstab, den der erk. Sen. offensichtlich für maßgebend hält. Weil beim typischen Kaufvertrag die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, nicht wesentlicher Inhalt des Innenverhältnisses ist, soll Untreue beim Kauf überhaupt nicht oder doch nur ganz ausnahmsweise möglich sein. Der vorliegende Fall zeigt indessen, daß eine solch typisierende Betrachtungsweise unmöglich richtig sein kann. Denn die Besteller wußten, daß der Angekl. sich in schlechten Vermögensverhältnissen befand, sie haben ihm die Vorauszahlungen einzig und allein in der Erwartung gewährt, daß er ihr Vertrauen rechtfertige und die Gelder auch wirklich zum Ankauf der bestellten Gegenstände verwende. Wenn ein Fall so beschaffen ist, liegt es m. E. nicht i. S. des Gesetzes, die Anwendbarkeit des § 266 StGB. auszuschließen. Beruht ein Kaufvertrag auf derart ausgeprägter Vertrauensgrundlage, so verlangt der Grundgedanke der Bestimmung Bestrafung.

Diese konkrete, auf den Einzelfall abstellende Betrachtungsweise verhindert, daß Vertragsverletzungen schlechthin unter § 266 gezogen werden. Daß eine derartige Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift in die obligatorischen Geschäfte des täglichen Lebens hinein nicht Wille des Gesetzes ist, konnte nach bisherigem Recht nicht zweifelhaft sein. Der Bericht über die Arbeit der Strafrechtskommission beweist, daß darin auch für die Zukunft keine Änderung eintreten soll (vgl. die Bemerkung von Dahm ebendort S. 339 ff.). Nach der ausdrücklichen Erklärung der Denkschrift soll auch künftig nur „die Verletzung bestimmter Verträge erfaßt" werden (340); die Erfassung des normalen Vertragsbruchs ist und bleibt Sache des bürgerlichen Rechts.

Soweit das Urt. auf das Erkenntnis des 1. Sen. v. 14. Dez. 1934 (JW. 1935, 941) bezug nimmt, muß ich dasselbe Bedenken geltend machen wie gegen das angezogene Urt. (vgl. meine Anm. dazu JW. 1935, 1697). Das will besagen: es ist nicht richtig, daß es sich bei § 266 immer um Pflichten handeln müsse, die sich ihrer Dauer nach über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfange nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken. Wie in der Anm. zu dem erwähnten Urt. dargelegt, sind Fälle denkbar, in denen es an den erwähnten Voraussetzungen fehlt und der Zweck und Sinn des § 266 trotzdem Strafbarkeit erfordert. Dieses neue Urt. zeigt, daß das RG. in Gefahr ist, sich auf diese irreführenden Gesichtspunkte aus dem erwähnten Urt. des 1. Sen. festzulegen; um so entschiedener muß dagegen Widerspruch erhoben werden.

Prof. Dr. Erich Schwinge, Halle a. d. S.

*

20. § 266 Abs. 2 StGB. Ein wegen Schädigung des Volkswohls besonders schwerer Fall i. S. des § 266 Abs. 2 StGB. n. F. ist im Grundsatz da anzunehmen, wo von der Schädigung nicht das Vermögen des einzelnen Volksgenossen oder eines kleinen Kreises betroffen wird, sondern die Allgemeinheit, also der Staat, gemeinnützige Unternehmungen, öffentliche Wohlfahrtseinrichtungen. Daß diese Voraussetzung bei einem Eingriff in die Mittel der Deutschen Arbeitsfront gegeben ist, kann nicht zweifelhaft sein. Welchen Betrag die geldliche Schädigung im einzelnen Falle erreichen muß, läßt sich allgemein ziffernmäßig nicht abgrenzen; das unterliegt der Beurteilung des Tatrichters, seinem Ermessen.

Für die rechtliche Beurteilung im allgemeinen ist aber der Umstand von Bedeutung, daß im § 266 Abs. 2 (wie im § 263 Abs. 4) neben den Eintritt eines „besonders großen Schadens" ausdrücklich der Fall einer Schädigung des Volkswohls besonders gestellt ist, ohne daß hierzu eine gewisse Höhe des veruntreuten Betrages vorausgesetzt würde. Demnach wird nur bei geringfügigen Beträgen, wo die angedrohte Zuchthausstrafe außer Verhältnis zur Strafwürdigkeit der Tat stünde, der Fall einer Schädigung des Volkswohls zu verneinen sein, in Ausnahme von der Regel (so auch die Urt. des Sen. v. 3. Mai 1935, 1 D 111/35 u. 203/35). Ob es sich im einzelnen Falle um einen geringfügigen Betrag handelt, hat der Tatrichter unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden (vgl. RGUrt. 1 D 1329/34 v. 11. Dez. 1934: JW. 1935, 944[28]).

Zum inneren Tatbestand kann, selbst wenn man den Gesichtspunkt einer reinen Erfolgshaftung ablehnt, keinesfalls mehr vorausgesetzt werden, als daß sich der Täter der Umstände bewußt sei, die die Annahme eines besonders schweren Falles begründen. Das beträfe demnach hier das Wesen des Vermögensträgers, gegen den sich die ungetreue Handlung richtet, das Verhältnis des Angekl. zu ihm und den Umstand, daß der veruntreute Betrag nicht unbedeutend gewesen ist. Dagegen brauchte sich der Angekl. nicht auch dessen bewußt gewesen zu sein, daß das Gesetz für besonders schwere Fälle eine höhere Strafe vorsieht und daß die ihm bekannten wesentlichen Umstände der Tat die Annahme eines besonders schweren Falles rechtfertigen (1 D 203/35).

In der Rspr. des RG. (vgl. RGSt. 68, 218, 220 = JW. 1934, 2147[17]) ist anerkannt, daß auch ein nicht wirtschaftlicher Schaden die Grundlage einer Schädigung des Volkswohls bilden kann.

(1. Sen. v. 3. Mai 1935; 1 D 1312/34.)

21. §§ 268, 348 Abs. 2, 349 StGB.; §§ 328 Abs. 3, 331 StPO. War für ein nach dem 1. Juli 1932 ergangenes SchöffGUrt. tatsächlich nicht das SchöffG., sondern die StrK. zuständig, so hat auf Berufung hin die StrK. nicht gemäß § 328 Abs. 3 StPO. die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen, sondern in der Sache selbst zu entscheiden. Wurde der Angekl. im ersten Rechtsgange aus §§ 263, 268 Ziff. 2 StGB., auf Berufung des Angekl. und gleichzeitiger, auf das Strafmaß beschränkter Berufung der StA. hin aber aus §§ 263, 348 Abs. 2, 349 StGB. zu sechs Monaten Gefängnis und 150 *RM* Geldstrafe verurteilt, so muß auf die vom Angekl. wie von der StA. eingelegte Revision hin den Angekl. (neben Geldstrafe) wenigstens die in § 349 StGB. festgesetzte Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus treffen. †)

Das SchöffG. hatte den Angekl. wegen Betrugs in Tatmehrheit mit gewinnsüchtiger Fälschung einer öffentlichen Urkunde (des Protokollbucheintrags) neben einer Geldstrafe mit vier Monaten Gefängnis bestraft. Auf die vom Angekl. in vollem Umfang, von der StA. unter Beschränkung auf das Strafmaß eingelegte Berufung hat die StrK. den Angekl. des Betrugs in Tatmehrheit mit einem Amtsverbrechen nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. für schuldig erklärt und ihn zu 150 *RM* Geldstrafe sowie sechs Monaten Gefängnis verurteilt.

I. Zur Entsch. über die hiergegen von der StA. und dem Angekl. eingelegten Rev. ist das RG. zuständig.

Zwar ist gegen ein nach dem 1. Juli 1932 ergangenes Urt. eines SchöffG. nur die Berufung an die StrK. oder die Rev. an das OLG. zulässig. War aber zur Aburteilung in erster Instanz das SchöffG. nicht zuständig, weil es sich um ein Amtsverbrechen handelte, so hätte an sich gemäß § 328 Abs. 3 StPO. die StrK. als BG. die Sache an das zuständige Gericht verweisen müssen. Das erübrigt sich jedoch, wenn sie, wie hier, selbst das zuständige Gericht war; sie hatte dann statt dessen in der Sache selbst zu entscheiden. Das ist zwar in § 328 Abs. 3 StPO. nicht ausdrücklich angeordnet, weil zu der Zeit, als § 328 seine jetzige Fassung erhielt, die StrK. nur BG. war, eine Verhandlung vor ihr als 1. Instanz also nicht in Frage kam; nach Wiedereinführung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der StrK. ist aber § 328 Abs. 3 nicht mehr neu gefaßt worden. Aus seiner früheren Fassung kann sinngemäß die Befugnis der StrK. entnommen werden, in solchen Fällen in der Sache selbst zu entscheiden; eine vorherige Verweisung wäre ein zweckloses Formeltum (vgl. auch RGSt. 6, 314).

Wenn also die StrK. als BG. das Urt. auf Grund einer Hauptverhandlung gefällt hat, welche die für erstinstanzliche Verhandlungen gegebenen Vorschriften gewahrt hat, so ist wie gegen jedes andere erstinstanzliche StrKUrt. die Rev. an das RG. zulässig.

Die sachlich-rechtliche Voraussetzung einer solchen verfahrensrechtlichen Gestaltung, daß nämlich das SchöffG. zur Aburteilung der Tat des Angekl. nicht zuständig war, liegt vor: Das LG. stellt fest, daß der Angekl. als erster Bürgermeister, also als Beamter, die im Protokollbuch der Gemeinde enthaltene Niederschrift — also eine ihm anvertraute öffentliche Urkunde — in der Absicht verfälscht hat, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, Verbrechen i. S. der §§ 348 Abs. 2, 349 StGB.; hierfür war gemäß Kap. I Art. I § 1 Nr. 1, Kap. VIII VO. v. 14. Juni 1932 (RGBl. 285) nicht das SchöffG., sondern die StrK. zuständig.

II. Die Rev. der StA. richtet sich dagegen, daß das LG. dem Angekl., obwohl es ihn eines Verbrechens der Amtsunterschlagung i. S. der §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. für schuldig erkannt hat, doch im Rahmen des § 268 StGB. mildernde Umstände zugebilligt und demgemäß — trotz des im § 349 festgesetzten Mindeststrafmaßes von einem Jahr Zuchthaus — neben der Geldstrafe nur auf eine Gefängnisstrafe von sechs Monaten erkannt hat.

Die Rev. ist begründet. Da der Angekl. der erschwerten Amtsunterschlagung (in Tateinheit mit gewinnsüchtiger Urkundenfälschung und Betrug) schuldig ist, war die Strafe an sich dem § 349 StGB. zu entnehmen. Hätte nur der Angekl. Berufung eingelegt gehabt, so hätte das im § 331 StPO. ausgesprochene Verbot der Strafschärfung allerdings dazu geführt, daß die Strafe nicht über das vom SchöffG. ausgesprochene Strafmaß von vier Monaten Gefängnis und 150 *RM* Geldstrafe hätte hinausgehen dürfen, obwohl § 349 StGB. neben der Geldstrafe nur eine Zuchthausstrafe vorsieht.

Da aber die Strafbemessung des SchöffG. auch von der StA. mit der Berufung angefochten war, so stand einer Strafschärfung über die vom SchöffG. erkannte Gefängnisstrafe hinaus grundsätzlich nichts entgegen. Allerdings durfte die verschärfte Strafe, weil die StA. ihr Rechtsmittel auf das Strafmaß beschränkt hatte, den Strafrahmen des § 268 StGB. nicht überschreiten (RGSt. 62, 404). Hier muß es nun, auch wenn dem LG. der Strafrahmen des § 268 in seinem vollen Umfang verfügbar gewesen wäre, als unsachgemäß und dem Sinn des Strafgesetzes widersprechend bezeichnet werden, daß das LG. unter Annahme mildernder Umstände auf eine Gefängnisstrafe erkannt hat, obwohl es die Tat als ein Verbrechen nach § 349 StGB. erkannte und hier ein Jahr Zuchthaus als die Mindeststrafe bestimmt ist. Immerhin würde das nicht als Rechtsirrtum gelten können, wenn es zuträfe, daß dem Gericht jener Rahmen des § 268 frei verfügbar war. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu, vielmehr war der Rahmen infolge des Zusammenspiels der Strafdrohungen in den §§ 349 und 268 jetzt nach unten mit einem Jahr Zuchthaus (und der Geldstrafe) bestimmt.

Dieses Ergebnis mag zunächst befremden, weil hiernach gerade in der vom Angekl. eingelegten Berufung die Ursache für die Rechtsnotwendigkeit liegen soll, daß das BG. eine Strafe von mindestens einem Jahr Zuchthaus verhängen muß, während es, wenn nur die StA. im Strafmaß Berufung eingelegt hätte, hierzu zwar befugt, nicht aber verpflichtet gewesen wäre.

Diese Folgerung ergibt sich aber aus der begrenzten Wirkung des § 331 StPO. Denn nach der ständigen Rspr. des RG. ist, auch wenn nur der Angekl. Berufung eingelegt hat, das BG. zu einer neuen, selbständigen Nachprüfung des Sachverhalts in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung genötigt und hat, wenn es zu Beweisannahmen gelangt, die von denen des Erstrichters abweichen, alle sich daraus ergebenden Folgerungen zu ziehen, mögen sie auch für den Angekl. nachteilig sein, mit der einzigen Einschränkung, daß nach Art und Dauer nicht über die vom Erstrichter erkannte Strafe hinausgegangen werden darf (RGSt. 62, 96 und, soweit der tatsächliche Umfang der Urteilsgrundlage in Frage kommt, RGSt. 62, 132). Erfährt also infolge der Berufung des Angekl. seine Tat (auf Grund desselben oder eines vom BG. neu festgestellten Sachverhalts) eine andere rechtliche Beurteilung, so ist mit der sich aus § 331 StPO. ergebenden Schranke das hiernach anzuwendende Gesetz auch für die Strafzumessung maßgebend, mag eine Berufung der StA. überhaupt nicht vorliegen oder mag sie beschränkt eingelegt worden sein (RGSt. 62, 401; vgl. auch RGSt. 65, 63).

Der Anwendung der gesetzlichen Mindeststrafe von einem Jahr Zuchthaus stünde also im vorliegenden Falle lediglich das verfahrensrechtliche Hindernis des § 331 StPO. entgegen. Fällt dieses, wenn auch nur infolge einer auf das Strafmaß beschränkten Berufung der StA., weg, so kann und muß sich der für das BG. bestehende Zwang, aus seiner andern rechtlichen Beurteilung alle rechtlichen Folgerungen zu ziehen, auch bezüglich des gesetzlichen Mindeststrafrahmens auswirken.

Hiergegen hat das LG. verstoßen. Der Aufhebung des angefochtenen Urt. im Strafausspruch bedarf es jedoch nicht, da das RevG. in Übereinstimmung mit dem Oberreichsanwalt, dessen Antrag die Entsch. auch im übrigen entspricht, die gesetzlich niedrigste Strafe für angemessen erachtet hat.

(1. Sen. v. 26. März 1935; 1 D 1089/34.)

Anmerkung: I. Die Ansicht des RG., daß die StrK. als BG. nicht erst die Verweisung an sich selbst auszusprechen brauche, wenn sie als erste Instanz erkennen will, ist zweifellos richtig. Das RG. folgert

dies zutreffend aus der früheren Fassung des § 369 Abs. 3 StPO. (des jetzigen § 328 Abs. 3), der vor der Emminger VO. folgenden Wortlaut hatte:

„Hat das Gericht erster Instanz mit Unrecht seine Zuständigkeit angenommen, so hat das BG. unter Aufhebung des Urt. die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen, oder, wenn es selbst in erster Instanz zuständig ist, zu erkennen."

Daß man bei Wiedereinführung der erstinstanzlichen Zuständigkeit der StrK. den § 328 Abs. 3 nicht mehr neugefaßt hat, beruht wohl darauf, daß man die frühere Regelung des § 339 Abs. 3 als selbstverständlich betrachtete.

II. Die Stellungnahme des RG. zur Frage der Schlechterstellung des Angekl. in der Rechtsmittelinstanz (sog. Verbot der reformatio in peius) ist ein erfreuliches Zeichen dafür, daß das RG. seine Rspr. dem inzwischen eingetretenen Wechsel der Rechtsanschauungen anzupassen versteht. Man ist sich heute wohl darüber einig, daß das Verbot der Schlechterstellung überlebt ist. Dieses Verbot hat sich nicht als eine Förderung der Rechtspflege erwiesen, sondern umgekehrt als ein Hemmnis, das vielfach einen wahrhaft gerechten Urteilsspruch verhinderte. Wenn nämlich das BG. zu der Feststellung gelangt, daß der Angekl. eine weit schwerere Tat begangen hat, als der erste Richter annahm, so muß es nach § 331 StPO. dennoch (unter Feststellung der schwereren Tat) die vom ersten Richter erkannte Strafe aufrechterhalten, auch wenn diese Strafe nach den neuen Feststellungen des BG. dem Sühne- und Schutzbedürfnis der Volksgemeinschaft in keiner Weise mehr entspricht (z. B. Aufrechterhaltung einer Haftstrafe wegen Mundraubs, der sich in der BerInst. als schwerer Einbruchsdiebstahl herausstellt). Daß ein derartiges Ergebnis dem Ansehen der Rechtspflege nicht förderlich ist, bedarf wohl keiner weiteren Begründung. Das vorl. Urt. bildet nun einen wichtigen Schritt, um trotz der einstweilen fortbestehenden formalen Bindung des § 331 StPO. der wahren Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Ist hiernach die Entsch. im Ergebnis begrüßenswert, so erscheint doch ihre Begründung nicht ganz unbedenklich.

Das RG. geht zunächst in Einklang mit seiner bisherigen Rspr. davon aus, daß das Rechtsmittelgericht auf Grund der Ber. des Angekl. in völliger Unabhängigkeit vom Verfahren des ersten Rechtszuges den Sachverhalt nach jeder Richtung neu würdigen und somit den Angekl. auch wegen einer schwereren Straftat (als der vom ersten Richter festgestellten) verurteilen dürfe. Dem Verbot der Schlechterstellung wird lediglich die Wirkung beigelegt, daß das Strafmaß nicht erhöht werden darf. Hat nun neben dem Angekl. auch die Staatsanwaltschaft eine auf das Strafmaß beschränkte Ber. eingelegt, so soll das nach der bisherigen Rspr. des RG. dazu führen, daß nunmehr die Strafe erhöht werden kann, aber nicht etwa innerhalb des Strafrahmens der vom BerR. festgestellten Gesetzesverletzung, sondern lediglich im Rahmen der vom ersten Richter festgestellten Tat. Hatte also z. B. der erste Richter ein Vergehen gegen § 246 StGB. festgestellt, während das BG. ein Delikt gegen § 266 StGB. annimmt, so soll eine etwa festzusetzende neue (höhere) Strafe nur im Rahmen des § 246 StGB. bestimmt werden (RGSt. 62, 216). „Die Wirkung des § 331 StPO. ... ist durch die Einlegung des (auf das Strafmaß beschränkten) Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft beseitigt. Sie besteht aber insofern fort, als ... die von der Staatsanwaltschaft eingelegte, auf das Strafmaß beschränkte Ber. eine Erhöhung der Strafe nur innerhalb des Strafrahmens des vom ersten Richter angewendeten Strafgesetzes herbeizuführen vermag" (so RGSt. 62, 404). Die bisherige Rspr. wird man hiernach wohl nur so verstehen können, daß bei Feststellung einer schwereren Gesetzesverletzung durch den BerR. der vom ersten Richter angewandte Strafrahmen ausschließlich anwendbar sein soll. In der vorl. Entsch. bezeichnet nun das RG. zunächst in Übereinstimmung mit seiner früheren Rspr. den Strafrahmen des vom ersten Richter angewandten § 268 StGB. als maßgebend. Daneben aber erklärt es — in Weiterentwicklung der bisherigen Rspr. — „auch" den vom BerR. angewandten § 349 StGB. „für die Strafzumessung als maßgebend". Es verkoppelt beide Strafrahmen in der Weise, daß es die unterste Grenze des § 268 StGB. (Gefängnis nicht unter drei Monaten und fakultative Geldstrafe) auf die unterste Grenze des § 349 StGB. (ein Jahr Zuchthaus und obligatorische Geldstrafe) erhöht. Das RG. spricht sich nicht darüber aus, wie es bei einem derartigen „Zusammenspiel" zweier verschiedener Strafrahmen die obere Grenze bestimmen will. Für die §§ 268 Ziff. 2, 349 StGB. spielt diese Frage keine Rolle, da hier die oberen Grenzen übereinstimmen (zehn Jahre Zuchthaus). Wie aber, wenn das vom BerR. angewandte Gesetz einen höheren oberen Strafrahmen aufweist? Soll dann der obere Strafrahmen des vom ersten Richter angewandten milderen Gesetzes oder der obere Rahmen des vom BerR. angenommenen schwereren Strafgesetzes maßgebend sein? M. E. müßte das vom RG. im vorl. Fall angewandte Verfahren dazu führen, daß der höhere Strafrahmen des vom BerR. festgestellten Straftatbestandes für maßgebend erklärt wird. Denn ebenso wie das vom BerR. angenommene schwerere Gesetz den unteren Strafrahmen nach oben erhöht, müßte es logischerweise auch die Höchstgrenze nach oben verschieben. Dies wäre aber dann nicht mehr — wie es das RG. ausdrückt — ein „Zusammenspiel" beider Strafdrohungen, sondern die Strafdrohung des vom ersten Richter angewandten milderen Gesetzes würde durch das vom BerR. angewandte schwerere Gesetz vollkommen aufgesogen; es wäre dann m. a. W. lediglich das vom BerR. angewandte schwerere Gesetz maßgebend. Das vom RG. angewandte Verfahren würde also letztlich zum genauen Gegenteil der bisherigen Rspr. führen, wonach in Fällen der vorliegenden Art der Strafrahmen des vom ersten Richter angewandten milderen Gesetzes maßgebend sein soll (RGSt. 62, 216, 404).

M. E. gibt es bei Vollberufung des Angekl. und einer auf das Strafmaß beschränkten Ber. der Staatsanwaltschaft nur zwei Lösungsmöglichkeiten: Entweder man beläßt es bei der bisherigen Rspr., wonach für eine etwaige Straferhöhung der Strafrahmen des vom ersten Richter angewandten Gesetzes ausschließlich maßgebend sein soll. Oder man erklärt den Strafrahmen des vom BG. festgestellten Straftatbestandes für allein maßgebend. Eine Zwischenlösung in der Form, daß der schwerere Strafrahmen bei dem leichteren die untere Grenze erhöht, kann es m. E. nicht geben. Denn ein derartiges „Zusammenspiel" muß — wie oben gezeigt — logischerweise dahin führen, daß der schwerere Strafrahmen auch die obere Grenze erhöht und damit (jedenfalls im praktischen Ergebnis) vollständig an die Stelle des milderen Strafrahmens tritt. — Als erstrebenswerte Endlösung kann m. E. nur der Weg in Betracht kommen, daß lediglich der Strafrahmen des vom BG. angewandten Gesetzes zugrunde gelegt wird. Ein derartiges Ergebnis entspricht allein der Wahrhaftigkeit und der materiellen Gerechtigkeit. Man könnte dagegen vielleicht einwenden, daß das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ja nur auf das Strafmaß beschränkt sei, also auch nur eine Nachprüfung des Strafmaßes im Rahmen des vom ersten Richter angewandten Gesetzes (hier des § 268 StGB.) zulasse. Aber dieser Einwand wäre deshalb nicht zwingend, weil infolge der Ber. des Angekl. eine andere (als die vom ersten Richter angenommene) Gesetzesverletzung festgestellt werden kann und infolgedessen die von der Staatsanwaltschaft begehrte Neufestsetzung des Strafmaßes auch innerhalb eines anderen Strafrahmens möglich ist. Geht man einmal mit dem RG. den Weg, daß man den Strafrahmen des vom BerR. festgestellten Straftatbestandes insoweit für maßgebend erklärt, als dadurch die untere Grenze des vom ersten Richter angewandten Strafrahmens erhöht wird, so kann man auch den weiteren Schritt tun, indem man das vom BerR. angewandte Gesetz für ausschließlich maßgebend erklärt. Dieser Schritt würde allerdings wohl eine Plenarentscheidung erfordert haben.

Amts- u. Landrichter Dr. Schlüter, Berlin.

*

****22.** § 351 StGB. Eine Amtsunterschlagung wird nicht schon dadurch i. S. des § 351 erschwert, daß sich der Täter zu ihrer Verdeckung irgendwelcher unrichtiger Urkunden bedient. „Beleg" ist eine Urkunde nur, wenn die durch sie belegte Tatsache eine solche ist, die auch aus den Rechnungen, Registern oder Büchern hervorgeht oder hervorgehen müßte. Als „unrichtig" ist der Beleg nicht nur anzusehen, wenn er fälschlich angefertigt, verfälscht oder inhaltlich unrichtig ist, sondern auch, wenn er zu einer Buchung in eine falsche Beziehung gesetzt wird.

Nach den unzweideutigen Feststellungen der StrK. hatte der Angekl. die Geldbeträge, die er für die O.schen Erben erhalten hatte, auf dem Sonderkonto Nr. 65 bei der Bank der preuß. Landschaft in D. angelegt. Es handelte sich dabei um ein Konto, über das der Angekl. zwar zu verfügen berechtigt war, das aber ausdrücklich als ein solches für den O.schen Nachlaß bezeichnet war. Nach den Feststellungen hat sich der Angekl. dadurch, daß er den Betrag von 1060 *RM* von dem Konto erhob, noch keiner strafbaren Handlung schuldig gemacht. Erst die Verfügung über die Geldstücke zur Bezahlung eigener Schulden verstieß gegen das Gesetz. Daß die StrK. darin nur eine Unterschlagung und nicht — was den Umständen nach nahegelegen hätte — zugleich eine Untreue (§ 266 Nr. 2 Abs. 2 StGB. a. F.) gesehen hat, beschwert den Angekl. nicht.

Auch die Annahme der StrK., daß die Amtsunter-

schlagung i. S. des § 351 StGB. erschwert sei, ist frei von Rechtsirrtum.

Die StrK. hat von den verschiedenen Tatbeständen, die § 351 StGB. aufstellt, den der „Vorlegung unrichtiger Belege" für nachgewiesen erachtet. Sie sieht diesen Tatbestand als dadurch verwirklicht an, daß der Angekl. dem seine Amtsführung nachprüfenden LGPräs. zum Nachweis der Bestände an fremden Geldern, die sein Verwahrungsbuch auswies, ein Kontogegenbuch der Bank über das Konto 65 vorgelegt hat, in das er, um es mit dem Verwahrungsbuch in Übereinstimmung zu bringen, die Buchungen lediglich bis 8. Febr. 1932, nicht auch die späteren Buchungen, hatte aufnehmen lassen. Dazu ist folgendes zu sagen.

Eine Amtsunterschlagung wird nicht schon dadurch i. S. des § 351 StGB. erschwert, daß sich der Täter zu ihrer Verdeckung irgendwelcher unrichtiger Urkunden bedient. Das ist vielmehr nur der Fall, wenn die unrichtigen Urkunden, die der Täter gebraucht, in innerer Zweckbeziehung zu den Büchern stehen, deren richtige Führung durch § 351 StGB. gewährleistet werden soll. „Beleg" ist eine Urkunde nur, wenn die durch sie „belegte" Tatsache eine solche ist, die auch aus den Rechnungen, Registern oder Büchern hervorgeht oder hervorgehen müßte.

Das Buch, um das es sich im gegebenen Falle handelt, war das „Verwahrungsbuch", das der Angekl. als Notar über die ihm eingehändigten fremden Gelder usw. zu führen verpflichtet war. Dieses Verwahrungsbuch ist nach dem Muster einzurichten, das der AV. d. PrJustMin. v. 6. Nov. 1922 (JMBl. 474) beigegeben ist. Es sind darin nach Abschn. II 2 Vfg. „nach der Zeitfolge geordnet die sämtlichen Einnahmen und Ausgaben der zur Verwahrung genommenen Gelder und Wertsachen" aufzuführen.

Es fragt sich, ob hiernach das Kontogegenbuch als „Beleg" zu dem Verwahrungsbuch angesehen werden kann. Die Frage ist zu bejahen. Das Gegenbuch enthält eine fortlaufende Reihe von Einträgen, in denen die Bank durch ihre dazu ermächtigten Angestellten rechtsverbindlich die einzelnen Ein- und Auszahlungen bescheinigt hatte, die bei dem Konto 65 vorgekommen waren. Das Gegenbuch war daher geeignet, Beweis für diese Ein- und Auszahlungen und außerdem für die Tatsache zu erbringen, daß sich bis zum Zeitpunkt der letzten Eintragung in das Gegenbuch keine weiteren Bewegungen auf dem Konto ereignet hatten.

Die Zahlungen, die der Angekl. für die O.schen Erben empfing und für sie leistete, hatte er nach der erwähnten AV. in seinem Verwahrungsbuch zu vermerken. Soweit diese Einzahlungen und Auszahlungen über das Konto 65 gegangen waren, war mithin das Gegenbuch geeignet, die Eintragungen des Verwahrungsbuchs zu „belegen", d. h. zu beweisen. Das Kontogegenbuch hatte für die Führung des Verwahrungsbuchs ferner auch insofern Bedeutung, als es zum Nachweis des Bestandes zu dienen oder mit zu dienen geeignet war, der sich aus dem Verwahrungsbuch des Angekl. für die Erbschaft O. ergab.

Daß das Schriftstück auch bestimmt ist, als Beleg für das Buch oder Register zu dienen, ist an sich nicht Merkmal für die Anwendung des § 351 StGB.; indessen kommt es auf diese Frage im gegebenen Falle nicht an, da auch die „Bestimmung" des Kontogegenbuchs, als Beleg für das Verwahrungsbuch des Notars zu dienen, nicht zu bezweifeln ist. Nach der erwähnten AV. v. 6. Nov. 1922 hat der Notar fremde Gelder, soweit er sie nicht gesondert aufbewahrt, einem sicheren Bankkonto zuzuführen, das zum Unterschied von dem Privatkonto des Notars als Sonderkonto für fremde Gelder eingerichtet sein muß. Dadurch, daß die für die Verwaltung des Notariatswesens zuständige Behörde die Einrichtung von solchen Konten für fremde Gelder (an Stelle der an sich gebotenen getrennten Aufbewahrung) zugelassen hat, hat sie — ohne daß es eines ausdrücklichen Ausspruchs nach dieser Richtung bedurfte — zugleich bestimmt, daß der Notar die Angaben des Verwahrungsbuchs über seinen Bestand an „fremden Geldern" statt durch deren Vorweisung durch bankübliche Bescheinigungen über die Bewegungen auf dem Konto für fremde Gelder und über den Kontobestand „belegen" dürfe.

Es fragt sich weiter, ob der Beleg, den der Angekl. dem LGPräs. mit dem Kontogegenbuch vorgewiesen hat, „unrichtig" gewesen ist. Ohne Zweifel war das Kontogegenbuch weder verfälscht oder fälschlich angefertigt noch inhaltlich unrichtig; die einzelnen Vermerke des Buches waren von den zuständigen Angestellten der Bank bescheinigt und wiesen die Bewegungen, die sich auf dem Konto 65 bis 8. Febr. 1932 abgespielt hatten, richtig und vollständig nach. Eine weitere Beweisbedeutung kam dem Kontogegenbuch an sich nicht zu; insbes. erbrachte es keinen Beweis dafür, daß nicht nach dem 8. Febr. 1932 weitere Ein- und Auszahlungen auf dem Konto vorgekommen waren.

Als „unrichtig" ist aber ein Beleg nach der Rspr. des RG. nicht nur anzusehen, wenn er fälschlich angefertigt, verfälscht oder inhaltlich unrichtig ist, sondern auch, wenn der — echte und inhaltlich richtige — Beleg zu einer Buchung in eine falsche Beziehung gesetzt wird (RGSt. 60, 65; Urt. 3 D 104/26). Das hat der Angekl. hier getan. Die „Bücher", die § 351 StGB. im Auge hat, insbes. auch das Verwahrungsbuch des Notars, haben auch für die Tatsache Beweiskraft, daß nur die darin eingetragenen Ein- und Ausgänge (und keine anderen) vorgekommen sind. Aus dem Verwahrungsbuch des Angekl. ergab sich auf Grund dieser „negativen" Beweiskraft des Buches, daß ein Betrag von 2235,20 *RM* zugunsten der O.schen Erben bei dem Angekl. verfügbar sein mußte. Das Vorhandensein dieses Betrages hat der Angekl. dem zuständigen Beamten gegenüber dadurch zu „belegen" versucht, daß er das Kontogegenbuch vorlegte. Er hat also das Kontogegenbuch, das nur die Bewegungen bis 8. Febr. 1932 nachwies, zum Beweise auch dafür verwenden wollen, daß weitere als die in dem Verwahrungsbuch aufgeführten Ein- und Auszahlungen nicht vorgekommen seien und daß der aus dem Verwahrungsbuch ersichtliche Bestand vorhanden sei. Damit hat er das Kontogegenbuch in eine unrichtige Beziehung zu dem Verwahrungsbuch gesetzt, um so die Unterschlagung von 1060 *RM* zu verdecken. Unter diesen Umständen bestehen keine Bedenken dagegen, daß die StrK. das Kontogegenbuch als unrichtigen Beleg zu dem Verwahrungsbuch angesehen hat.

(3. Sen. v. 8. April 1935; 3 D 115/35.)

<= RGSt. 69, 184.>

*

23. § 359 StGB. Als Beamter im strafrechtlichen Sinn ist auch derjenige anzusehen, der, auf Privatdienstvertrag angestellt, von einer zuständigen staatlichen Stelle zur Leistung von Diensten öffentlich-rechtlicher Art berufen ist, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen. Hoheitlicher Art brauchen diese Dienste nicht zu sein (RGSt. 64, 262; ferner 1 D 1340/30 v. 22. Mai 1931).

(3. Sen. v. 3. Juni 1935; 3 D 447/35.)

*

24. Auch die Führer von Kleinkrafträdern, für die nach § 27 KraftfG. die Vorschriften im Teil I, II und III des KraftfG. nicht gelten, haben die jedem Teilnehmer im öffentlichen Verkehr obliegende Sorgfaltspflicht (§§ 25 ff. RStraßVO. v. 28. Mai 1934 und AusfAnw. dazu v. 29. Sept. 1934) zu beobachten.

Die Annahme der StrK., daß die Fahrgeschwindigkeit sich auch nach der Fahrtüchtigkeit des Kraftfahrers zu richten habe, und daß mangelnde Fahrübung nicht als Entschuldigungsgrund angesehen werden könne, gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß.

(2. Sen. v. 29. Mai 1935; 2 D 348/35.)

*

25. § 18 KraftfVerkVO. Vorfahrtsrecht. Darf der Vorfahrtberechtigte aus dem Verhalten des anderen schließen, daß dieser sein Vorfahrtrecht achten werde, dann ist er nicht verpflichtet, auf sein Recht zu verzichten. †)

Der Angekl. fuhr am 21. Sept. 1934 mit einem Personenkraftwagen durch die G.straße und stieß mit dem aus

der L.straße auf einem Kraftdreirad von rechts einfahrenden Sch. zusammen. Sch. wurde dabei verletzt und starb an den Folgen der Verletzungen. Der Angekl. ist mit etwa 40 km, Sch. mit etwa 15—20 km Stundengeschwindigkeit auf die Kreuzung gefahren. Der Angekl. hatte das Recht der Vorfahrt. Er hatte etwa 20 m vor der Kreuzung das Kraftdreirad herankommen sehen. Gleichwohl hat die StrK. angenommen, daß er sich durch das Weiterfahren keine Fahrlässigkeit habe zuschulden kommen lassen, weil er beobachtet hatte, daß der Lenker des Dreirades seine Geschwindigkeit in dem Maße herabsetzte, in dem es der Kreuzung näher kam, und weil er daraus habe die Überzeugung gewinnen müssen, daß ihm die Vorfahrt gestattet würde.

Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Daß ein Vorfahrtfall gegeben war, ergibt sich aus der Tatsache des Zusammenstoßes. Der Angekl. war zwar von der Kreuzung weiter entfernt als Sch., dafür fuhr er aber schneller als jener. Sch. hatte, da ein Vorfahrtfall vorlag, die Verpflichtung, dem vorfahrtberechtigten Angekl. die Vorfahrt zu lassen. Zwar darf der Berechtigte nicht unter allen Umständen auf dem Recht der Vorfahrt bestehen, er muß auch in Rechnung ziehen, daß andere aus irriger Beurteilung der Sachlage oder aus Leichtsinn sich vorschriftswidrig verhalten. Das verpflichtet ihn zur Vorsicht beim Überfahren von Kreuzungen. In erster Linie ist es aber Sache des Vorfahrtpflichtigen, auf die Gefahren, die bei Kreuzungen entstehen können, zu achten und sie zu vermeiden. Darf der Berechtigte aus dem Verhalten des anderen schließen, daß dieser sein Vorfahrtrecht achten werde, dann ist er nicht verpflichtet, auf sein Recht zu verzichten. Würde man beide gleich behandeln, dann hätte der Berechtigte nichts vor dem anderen voraus; das Gesetz gibt ihm aber ein Vorrecht. Diese Rechtsauffassung hat der erk. Sen. wiederholt zum Ausdruck gebracht (so Urt. v. 21. Dez. 1931, 2 D 1136/31 = JW. 1932, 2036 und DAutoR. 1932 N. 283; vgl. ferner die Entsch. v. 26. Jan. 1933, 2 D 30/33 = JW. 1933, 2523).

Da der Angekl. aus dem Verhalten des Sch. die Überzeugung gewinnen mußte, daß dieser ihm die Vorfahrt lassen werde, durfte er sich darauf verlassen. Von einem Erzwingen der Vorfahrt kann hier nicht gesprochen werden.

Die Rev. der StA. beanstandet die Geschwindigkeit von 40 km unter Bezugnahme auf § 18 KraftfVerkVO. und § 9 PrStraßVerkVO. Weder die eine noch die andere Vorschrift verpflichtete aber den Angekl., die Geschwindigkeit noch weiter herabzusetzen. Da der Angekl. seinen Verpflichtungen genügt hat, kam § 18 Abs. 1 KraftfVerkVO. nicht in Betracht. Erst als er die Gefahr erkannte, mußte er Maßnahmen dagegen ergreifen. Das hat er getan, indem er auf die Fußbremse trat und nach links auszuweichen suchte. Von den Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 war nach der ersichtlichen Annahme der StrK. keine gegeben, insbes. war nicht der Überblick über die Fahrbahn behindert. § 9 PrStraßVerkVO. stellt eine allgemeine Vorsichtsmaßregel auf, ähnlich der des § 18 Abs. 1 KraftfVerkVO. Daraus ergibt sich aber keineswegs, daß Kreuzungen immer mit einer geringeren Geschwindigkeit als 40 km überfahren werden müßten. Eine solche Pflicht kann sich nur aus der besonderen Sachlage ergeben, und eine solche lag eben nicht vor.

(2. Sen. v. 4. April 1935; 2 D 120/35.)

Anmerkung: Das Urteil ist zu billigen. Es geht von zwei Rechtsgrundsätzen aus, nämlich:

1. daß der Vorfahrtberechtigte nicht auf sein Vorfahrtrecht pochen darf, sondern voraussehen muß, daß andere (Vorfahrtverpflichtete) aus irriger Beurteilung der Sachlage oder aus Leichtsinn sich vorschriftswidrig verhalten. Diesen Grundsatz hat das RG., und zwar sowohl der ZivSen. als auch der StrSen., in einer ganzen Reihe von Entscheidungen bereits früher ausgesprochen, und dieser Rspr. sind dann auch die übrigen Gerichte gefolgt. Vgl. z. B.: RG.: JW. 1928, 3187; OLG. Düsseldorf: RKraftf. 1929, 464; KG.: DJZ. 1929, 777; BayObLG.: LZ. 1929, 731/32; RG.: Recht 1929 Nr. 1586; OLG. Dresden: RKraftf. 1929, 430; RG.: RKraftf. 1930, 23; RG.: JW. 1930, 1971; RG.: Recht 1930, 182; OLG. Hamburg: RKraftf. 1930, 355; RG.: DAutoR. 1930, 255; RG.: Recht 1930, 513. Diese Rspr. entspricht im wesentlichen den Grundsätzen, die das RG. aufgestellt hat, hinsichtlich der Voraussehbarkeit von Unbesonnenheiten anderer Wegebenutzer seitens des Kraftfahrers. Vgl. z. B.: RG.: JW. 1926, 1091; RG.: JW. 1928, 2325; RG.: JW. 1930, 2866.

2. Von dieser Rspr. ausgehend betont das RG., ähnlich wie es in den beiden früheren im Urteil bereits erwähnten Entsch. schon getan hat, daß der Vorfahrtberechtigte dann nicht mit verkehrswidrigem Verhalten anderer Kraftfahrer zu rechnen braucht, wenn er aus ihrem Verhalten mit Recht schließen zu können glaubt, daß sie sein Vorfahrtrecht achten werden. Diesen Rechtsgrundsatz hat es besonders scharf bereits in der Entsch. JW. 1932, 2036 ausgesprochen und wiederholt in der — im obigen Urteil zitierten — Entsch. v. 25. Jan. 1933: JW. 1933, 2523.

So sagt denn die obige Entsch. nichts Neues, sondern geht von den bisher entwickelten Rechtsgrundsätzen aus, die sie in einer ganz gewissen Variante weiterentwickelt.

Die Rspr. über die Voraussehbarkeit von Unbesonnenheiten anderer Wegebenutzer, insbes. der Vorfahrtverpflichteten, ist in der Literatur sehr stark angegriffen worden. Es fragt sich, ob sie angesichts der §§ 25 und 27 RStraßVerkO. noch aufrechterhalten werden kann. Mit dieser Rechtsfrage hatte sich das obige Urteil nicht zu befassen, weil der Fall vor Inkrafttreten der RStraßVerkO. lag. Denn wenn § 25 RStraßVerkO. für jeden Wegebenutzer vorschreibt, daß er sein Verhalten so einzurichten hat, daß er andere nicht schädigt und belästigt, so dürfte man füglich die Rechtsfolgerung daraus zu ziehen haben, daß der Vorfahrtberechtigte sich auch in Zukunft darauf verlassen kann, daß sein Vorfahrtrecht seitens des Vorfahrtverpflichteten beachtet wird. Denn nach den neueren Vorschriften, wonach die vorfahrtberechtigten Straßen gekennzeichnet werden müssen, dürfte es ja auch in Zukunft für Vorfahrtverpflichtete keinen Zweifel mehr über die Frage des Vorfahrtrechts geben.

Es bleibt abzuwarten, ob die künftige Rspr. diese wahrhaft fortschrittlichen Folgerungen für unser Verkehrsleben ziehen und sich damit von der bisherigen Rspr. abwenden wird.

RA. Dr. Arndt, Düsseldorf.

*

26. 1. Zur Befreiung von der Reichsfluchtsteuer nach der VO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. 731 ff.) genügt die Begründung eines steuerlichen Wohnsitzes und die Beibringung einer formellen polizeilichen Bescheinigung.

2. Straffreiheit aus § 9 Kap. III Teil 7 der VO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. 734) tritt nicht ein, wenn der Reichsfluchtsteuerschuldner falsche Auskünfte ausländischer Rechtsanwälte oder Behörden über neue deutsche Steuergesetze erhalten hat. †)

Der im Sept. 1931 mit seiner Familie unter Aufgabe seines deutschen Wohnsitzes endgültig nach der Schweiz verzogene Angekl. hatte die Reichsfluchtsteuer, die im rechtskräftig gewordenen Steuerbescheid auf Grund von § 3 Abs. 1 RFluchtStVO. (Teil 7 Kap. III Abschn. 1 der 4. RPräsVO. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens v. 8. Dez. 1931 [RGBl. I, 699, 731]) auf 83 475 *RM* festgesetzt worden war, nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis zum 10. Jan. 1932 zu entrichten; er konnte sich davon nach § 7 Abs. 1 Satz 1 a. F. dadurch befreien, daß er bis zum 10. Febr. 1932 dem FinA. nachwies, daß er wieder einen Wohnsitz im Inland begründet oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland genommen habe. Da er fristgemäß weder die Steuer zahlte noch jenen Nachweis brachte, war er nach § 9 Nr. 1 a. F. zu bestrafen, falls er nicht nachwies, daß ihn kein Verschulden traf.

Das LG. hat die unverschuldete Zahlungsunmöglichkeit als erwiesen erachtet. Rechtliche Bedenken sind hiergegen nicht erhoben.

Es hat aber den Angekl. nach § 9 Nr. 1 verurteilt, weil es, ohne dabei dem Angekl. die Beweislast aufzuerlegen, als widerlegt angesehen hat, daß den Angekl. kein Verschulden daran treffe, daß er nicht fristgemäß nach Deutschland zurückgekehrt ist und hier von neuem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt genommen hat. Es hat dazu ausgeführt: Selbst wenn der Angekl., wie er behauptet, nach schweizerischem Recht und dortigen fremdenpolizeilichen Vorschriften seinen Schweizer Wohnsitz und seinen dortigen Geschäftsbetrieb unter schweren Opfern hätte aufgeben müssen, um im Inland Wohnsitz

oder gewöhnlichen Aufenthalt nehmen zu können, wäre die Möglichkeit hierzu ihm doch nicht verschlossen und darum die Unterlassung nicht unverschuldet gewesen.

Wenn jedoch die tatsächliche Rückkehr des Angekl. nach Deutschland — sei es zu gewöhnlichem Aufenthalt, sei es zur Neubegründung des inländischen Wohnsitzes — in § 7 a. F. verlangt worden, für den Angekl. und seine Familie aber nur unter Aufgabe der einzigen für sie in Betracht kommenden Erwerbsmöglichkeit und unter Verlust der letzten für den Lebensunterhalt benötigten Mittel und so nicht ohne völlige Existenzvernichtung durchführbar gewesen wäre, würde kaum verneint werden können, daß sich die Unterlassung der tatsächlichen Rückkehr als unverschuldet erwiesen habe. Das LG. hätte darum — auch bei seiner Auslegung des § 7 — näher prüfen müssen, welchen Einfluß die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts oder des Wohnsitzes nach Deutschland 1931/32 auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Angekl. gehabt hätte, und ob sie im obigen Sinne wirtschaftlich unmöglich gewesen wäre. Die allgemeinen Bemerkungen des Urteils über das Sinken der Schweizer Grundstückspreise und das Fehlschlagen des Schweizer Unternehmens, über den beträchtlichen Schaden und die schweren wirtschaftlichen Opfer, die mit der Übersiedlung verbunden gewesen wären, denen aber der Wegfall der Steuerschuld gegenüberstand, geben noch keinen ausreichenden Aufschluß darüber, ob in obigem Sinne der Nachweis, daß den Angekl. kein Verschulden treffe, als geführt angesehen werden konnte oder nicht, und lassen nicht erkennen, daß das LG. die Bedeutung des Nachweises in § 9 nach Grund und Umfang richtig aufgefaßt habe.

Das LG. und die Rev. legen aber überdies den § 7 Abs. 1 a. F. unrichtig aus. Der in Abs. 1 Satz 1 verlangte Nachweis galt nach Satz 2 als erbracht, wenn der Steuerpflichtige innerhalb der Zweimonatsfrist dem FinA. eine polizeiliche Bescheinigung über die Wiederanmeldung eines inländischen Wohnsitzes vorlegte. Er wurde dadurch nicht gezwungen, seinen ausländischen Wohnsitz aufzugeben und brauchte nicht körperlich seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inlande zu nehmen. Es genügte, daß er im Inlande eine Wohnung mietete, einen inländischen Wohnsitz bei der Polizei meldete und die polizeiliche Bescheinigung über die Anmeldung dem FinA. fristgemäß vorlegte. Wenn er auf diese Weise das steuerliche Band mit Deutschland wiederherstellte und sich der inländischen Steuerpflicht weiterhin unterwarf, fiel der Anlaß zur Erhebung der Reichsfluchtsteuer und die Verpflichtung zu ihrer Entrichtung weg. Diese — auch dem Wortlaut entsprechende — Auffassung wird von Rspr. und Rechtslehre allgemein vertreten (vgl. RFH. v. 13. Juli 1933, III A 158/33 [StW. 1933 Nr. 744] und v. 15. März 1934, III A 61/34 [RFH. 35, 326, 329]; Hartenstein, Steuer- und Devisennotrecht, Anm. 3 zu § 7 RFluchtStVO. S. 137 und die dort angeführten weiteren Schriftsteller). Auch der Gesetzgeber hat sich mindestens mittelbar zu dieser Auslegung der alten Bestimmungen bekannt durch die nachträgliche Neuordnung in dem Ges. über Änderung der Vorschriften über die Reichsfluchtsteuer vom 18. Mai 1934, Art. 2 (RGBl. I, 392). Hiernach würde der Verteidigung des Angekl., er hätte § 7 a. F. nicht, ohne wirtschaftlich zusammenzubrechen, nachkommen können, der Boden entzogen sein. Der Beschreitung des hiernach in § 7 Abs. 1 Satz 1, 2 eröffneten Weges standen Schweizer Gesetze nicht entgegen, besonders auch nicht die von der Rev. angezogenen Art. 3, 32, 34 BundesG. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter v. 25. Juni 1891 (Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1891, Bd. IV S. 202) und Art. 23 SchweizZGB. v. 10. Dez. 1907. Es braucht darum nicht geprüft zu werden, inwieweit diese Bestimmungen überhaupt für die Frage herangezogen werden könnten, ob sonst ein steuerlicher Wohnsitz in Deutschland ohne Schwierigkeit neben dem Schweizer bürgerlich-rechtlichen Wohnsitz begründet werden könnte.

Die Tat des Angekl. wird dadurch nicht berührt, daß zufolge des Ges. über Änderung der Vorschriften über die Reichsfluchtsteuer v. 18. Mai 1934 Art. 1 Nr. 4, Art. 2 eine Befreiung von der Reichsfluchtsteuerpflicht überhaupt nicht mehr auf dem in § 7 a. F. eröffneten Wege herbeigeführt werden kann, und daß derjenige, der vorher nach § 7 a. F. die Reichsfluchtsteuer in Wegfall gebracht hat (was der Angekl. nicht getan hat), nun nachträglich zur Vermeidung des Wiederauflebens der Reichsfluchtsteuerschuld den Nachweis zu führen hatte, daß die polizeiliche Anmeldung mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt.

Wohl aber besteht nach dem angefochtenen Urteil die Möglichkeit, daß der Angekl. irrtümlich angenommen hat, er müsse tatsächlich in Deutschland gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz nehmen, um die Befreiung von der Steuer nach § 7 a. F. erlangen und die Strafbarkeit nach § 9 abwenden zu können. Ein solcher Irrtum über die Rechtslage würde, da es sich um ein VermStG. handelt, nach § 395 RAbgO. zu beurteilen sein. Hätte also der Angekl. infolge irriger Auslegung des § 7 a. F. die Herbeiführung seiner Fluchtsteuerfreiheit nach dieser Vorschrift für unmöglich gehalten und hiernach angenommen, ihn treffe kein Verschulden daran, daß er nicht fristgemäß wieder im Inlande gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz nahm, sein Verhalten sei demgemäß erlaubt, so wäre weiter zu prüfen, ob ein solcher Rechtsirrtum unverschuldet gewesen wäre. Hierbei würden etwaige Auskünfte Schweizer Rechtsanwälte und Polizeibehörden, auf die der Angekl. sich bisher berufen hat, offenbar nicht zum Nachweise des Nichtverschuldens ausreichen können, da sie die Bedeutung neuer deutscher Steuergesetze nicht sicher genug zu beurteilen vermochten. Straffreiheit würde nur dann in Frage kommen, wenn nachgewiesen würde, daß der Irrtum unverschuldet war und infolge des Irrtums die Tat für erlaubt gehalten wurde; nicht genügen könnte dagegen, daß ein Verschulden nicht nachgewiesen sei.

Zur Anwendung des § 9 genügt an sich schon Fahrlässigkeit des Tuns, hier also auch fahrlässiges Verschulden des ursächlichen Irrtums. Die neue Bestimmung des § 395 Abs. 2 RAbgO. (StAnpG. v. 16. Okt. 1934 [RGBl. I, 925, 936] ist darum für das Fluchtsteuervergehen ohne Bedeutung.

(2. Sen. v. 7. Febr. 1935; 2 D 1044/33.)

Anmerkung: 1. Durch die Reichsfluchtsteuer sollte dem Reich eine neue Einnahmequelle nicht verschafft werden, vielmehr ging die Absicht der Gesetzgebung dahin, die Abwanderung von leistungsfähigen Steuerschuldnern zu unterbinden. Wenn sie trotzdem abwanderten, sollten sie noch eine letzte große Steuer entrichten, durch die das Reich auf einige Jahre hinaus wegen seiner Ausfälle gedeckt wird.

Die Reichsfluchtsteuer wurde durch Kap. III Teil 7 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. 731) eingeführt. Sie wurde mit rückwirkender Kraft versehen.

Um solchen Kapitalflüchtlingen, die nach Einführung der Reichsfluchtsteuer wieder nach Deutschland zurückkehren wollten, ihre Wiederkehr zu erleichtern, wurde in § 7 vorgesehen, daß die Verpflichtung zur Zahlung einer Reichsfluchtsteuer nebst Zuschlägen wegfiel, wenn der StPfl. binnen 2 Monaten seit der Entstehung der Steuerschuld dem FinA. nachweist, daß er wieder einen Wohnsitz im Inland begründet oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland genommen hat.

Es heißt in § 7 weiter:

> „Den Nachweis (Satz 1) kann der Steuerpflichtige zum Beispiel dadurch führen, daß er innerhalb der Frist (Satz 1) dem Finanzamt eine polizeiliche Bescheinigung über die Wiederanmeldung eines inländischen Wohnsitzes vorlegt."

Der RFH. hat in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß die Begründung eines sog. fingierten Aufenthaltes (§ 81 Nr. 2 RAbgO. i. d. Fass. der VO. v. 9. Dez. 1931) auch für die Reichsfluchtsteuer gilt (StW. 1932 Nr. 945; 1933 Nr. 452 u. 744).

Hiernach genügt die Vorlage einer polizeilichen Bescheinigung über die Wiederanmeldung. Eine tatsächliche Begründung eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes im Inland war nicht erforderlich.

Dieser steuerrechtlichen Rspr., deren Richtigkeit sich auch aus der amtlichen Verlautbarung zur NotVO. v. 8. Dez. 1931 (Anlage zum MinErl. v. 18. Dez. 1931, S 1915 — 2 III, erwähnt in StW. 1933 Sp. 1731) ergibt, ist nunmehr auch das RG. beigetreten.

Im übrigen sei bemerkt, daß die Möglichkeit der Begründung eines Scheinwohnsitzes im Reichsfluchtsteuerrecht durch das Ges. über die Änderung der Vorschriften über die Reichsfluchtsteuer v. 18. Mai 1934 (RGBl. I, 392) beseitigt worden ist, und daß gem. Art. 2 dieses Ges. alle StPfl., die den Nachweis über die Wiederbegründung eines Wohnsitzes durch Vorlage einer polizeilichen Bescheinigung über die Wiederanmeldung geführt haben, nachweisen müssen, daß die polizeiliche Anmeldung mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt.

Wenn dieser Nachweis im einzelnen Falle nicht bis zum 30. Juni 1934 geführt worden war, so entstand die Reichsfluchtsteuerschuld von neuem.

Im übrigen ist auch hinsichtlich des allgemeinen Reichssteuerrechts die Begründung eines steuerlichen Scheinwohnsitzes nicht mehr zulässig.

Gemäß § 13 StAnpG. hat jemand im Sinne der Steuergesetze seinen Wohnsitz dort, wo er eine Wohnung innehat, unter Umständen, die darauf schließen lassen, daß er die Wohnung beibehalten und benutzen wird. Es muß also der Wille zur Benutzung vorliegen. Außerdem würde die Begründung eines Scheinwohnsitzes dem § 5 Abs. 1 StAnpG. widerstreiten; hiernach ist die Beibehaltung eines Scheinwohnsitzes steuerlich bedeutungslos.

Damit ist die Anerkennung des dem Steuerrecht eines Führerstaates fremden Begriffes eines steuerlichen Scheinwohnsitzes überwunden.

2. Wenn der Kapitalflüchtling nicht innerhalb 2 Monaten (seit dem Inkrafttreten des Ges. v. 18. Mai 1934 innerhalb 1 Monats), von der Entstehung der Steuerschuld ab gerechnet, die neue Reichsfluchtsteuer nebst Zuschlägen bezahlt, wird er wegen Steuerflucht mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bestraft. Neben der Freiheitsstrafe ist auf eine, der Höhe nach unbeschränkte, Geldstrafe zu erkennen. Bestrafung tritt jedoch nach ausdrücklicher Bestimmung nicht ein, wenn der Steuerpflichtige nachweist, daß ihn kein Verschulden trifft.

Da zum Verschulden auch Fahrlässigkeit gehört, muß der StPfl. nachweisen, daß er auch von jeder Fahrlässigkeit frei ist. Im vorl. Falle hatte der Angekl. offenbar sich darauf berufen, daß nach Auskunft von Schweizer Rechtsanwälten und Polizeibehörden Straffreiheit nur eintrete, wenn er in Deutschland tatsächlich wieder seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder seinen Wohnsitz nimmt. Diese Auskunft ist, wie unter Ziff. 1 dieser Besprechung dargelegt, rechtsirrig.

Ein Irrtum ist steuerrechtlich gem. § 395 RAbgO. beachtlich, wenn der Täter in unverschuldetem Irrtum über das Bestehen oder die Anwendbarkeit steuerrechtlicher Vorschriften die Tat für erlaubt gehalten hat.

Es war nunmehr die Frage zu entscheiden, ob in der Einholung der Auskünfte von Schweizer Rechtsanwälten und Polizeibehörden ein verschuldeter Irrtum liegt. Mit Recht hat sich hier das RG. auf den Standpunkt gestellt, daß ausländische Anwälte und Behörden nicht sicher genug die Bedeutung neuerer deutscher Steuergesetze erkennen können, und daß darum deren Auskunft nicht ausreichend ist, um einen StPfl. in die Lage zu versetzen, sich eine sichere Meinung zu bilden. Das innerdeutsche Steuerrecht ist zu schwierig gelagert, als daß deren Auslegung von ausländischen Juristen und Behörden mit Sicherheit vorgenommen werden kann.

Die Gefahr unrichtiger Auslegung ist bei den neueren Steuergesetzen um so größer, als das Ausland vielfach die neue Steuergesetzgebung nicht genügend übersehen kann. Schließlich würde es zu unerträglichen Ergebnissen führen, wenn durch falsche Auslegung außerdeutscher Juristen und Behörden eine Straffreiheit ohne Grund herbeigeführt werden würde. Es ist selbstverständlich, daß nur ein mit dem Steuerrecht hinreichend Vertrauter auf dem schwierigen Gebiete der Reichsfluchtsteuer Rechtsauskunft erteilen kann.

Dem Urteil des RG. ist daher auch insoweit beizupflichten.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

**27. § 401 RAbgO. Ein Fahrzeug kann nach dieser Vorschrift nur dann eingezogen werden, wenn es gerade zur Beförderung der steuerpflichtigen Waren und Erzeugnisse zum Zwecke der Steuerhinterziehung benutzt worden ist.†)

Der Umfang, in dem das LG. auf Einziehung und Wertersatz erkannt hat, ist zu beanstanden. Nach den Feststellungen ist im ersten Falle einer der Täter mit einem einspännigen Fuhrwerk zur Grenze gefahren, hat dort das Schmuggelpferd zugespannt und ist mit beiden Pferden zu dem vorläufigen Unterbringungsort gefahren. Zur Überführung an den endgültigen Bestimmungsort ist das geschmuggelte Pferd wiederum mit einem zweiten zusammen vor einem Wagen gefahren und dann von dem Übernehmer zu seinem einspännigen Fuhrwerk zugespannt und zum Bestimmungsort gebracht worden. Im zweiten Falle hat der Übernehmer das geschmuggelte Pferd vor sein einspänniges Fuhrwerk mit angespannt und ist damit nach Hause gefahren. Das LG. hat nicht nur die Einziehung der beiden geschmuggelten Pferde angeordnet, was rechtlich geboten war; es hat auch auf Einziehung oder Wertersatz hinsichtlich sämtlicher bei diesen Fahrten gebrauchter Pferde und Wagen erkannt. Diese Maßregel entbehrt der gesetzlichen Grundlage.

Zunächst durfte auf Zahlung von Wertersatz für Beförderungsmittel, deren Einziehung nicht vollzogen werden kann, überhaupt nicht erkannt werden. Dies ergibt der Wortlaut des § 401 Abs. 2 RAbgO. Die Best. des Abs. 1 über die Einziehung „der steuerpflichtigen Erzeugnisse und zollpflichtigen Waren, hinsichtlich derer die Hinterziehung begangen worden ist, sowie der Beförderungsmittel, die der Täter zur Begehung der Tat benutzt hat", ist dahin zu verstehen, daß das Fahrzeug gerade zur Beförderung dieser Erzeugnisse und Waren zum Zwecke der Steuerhinterziehung benutzt sein muß. Das ist hier nicht der Fall. Es genügt nicht, daß der Täter zu seiner eigenen Fortbewegung während der Vorbereitung der Tat (RGSt. 68, 42 = JW. 1934, 772) oder während ihrer Ausführung sich eines Last- oder Reittieres oder eines Fahrzeuges bedient oder daß er sonst solche mit sich führt, mag dies auch, wie es anscheinend hier der Fall ist, mit zu dem Zwecke geschehen, um sein Auftreten unverdächtiger erscheinen zu lassen. Die gegenteilige Auffassung des LG. müßte dahin führen, daß z. B. dann, wenn der Täter, der eine Koppel Pferde an der Grenze auf der Weide hat, das über die Grenze geschmuggelte Pferd zur Vermeidung von Verdacht mit diesen zusammen nach Hause bringt, auch diese Koppel Pferde als Beförderungsmittel einzuziehen wäre. Eine derart weitgehende Auslegung vermag der Sen. der fraglichen Gesetzesbestimmung nicht beizulegen. Insoweit war — da bei der gegebenen Sachlage auch eine Anwendung des § 40 StGB. nicht in Frage kam — das angef. Urteil aufzuheben.

Zu beanstanden ist, daß bei dem Angekl. Ad. zunächst die beiden auf Grund des § 396 RAbgO. ausgeworfenen Gefängnisstrafen zu einer Gesamtstrafe vereinigt und erst zu dieser die Schärfungsgefängnisstrafe wegen Bandenschmuggels auf Grund des § 146 VZollG. ausgesprochen worden ist, statt diese Schärfungsstrafe zunächst zu der zugehörigen Strafe aus § 396 RAbgO. hinzuzurechnen und sodann aus dieser Summe und der zweiten aus § 396 RAbgO. ausgeworfenen Strafe eine Gesamtstrafe zu bilden (RGSt. 68, 400, 403 = JW. 1935, 539[43]). Durch dieses unrichtige Verfahren ist jedoch die Strafhöhe im Ergebnis ersichtlich nicht beeinflußt worden.

(3. Sen. v. 15. April 1935; 3 D 142/35.)

Anmerkung: Der Entsch. ist zuzustimmen. Aus ihr sind drei Sätze festzuhalten:

1. Auf Erlegung des Wertes der Erzeugnisse oder Waren und, soweit dieser nicht zu ermitteln ist, auf Zahlung einer Geldsumme kann gemäß § 401 Abs. 2 RAbgO. nur erkannt werden, soweit die Einziehung nicht vollzogen werden kann.

Es handelt sich hier um eine bloße Ersatzeinziehung, die also zur Voraussetzung hat, daß der Einziehung Hindernisse entgegenstehen.

2. Gemäß § 401 Abs. 1 RAbgO. ist bei Verurteilung wegen Steuerhinterziehung neben der Strafe auf Einziehung der steuerpflichtigen Erzeugnisse und zollpflichtigen Waren, hinsichtlich derer die Einziehung begangen ist, sowie der Beförderungsmittel, die der Täter zur Begehung der Tat benutzt hat, zu erkennen.

Das RG. hebt jetzt mit aller Klarheit hervor, daß das Fahrzeug gerade zur Beförderung der steuerpflichtigen Erzeugnisse und zollpflichtigen Waren zum Zwecke der Steuerhinterziehung benutzt sein muß.

Der Standpunkt des RG. ist unbedingt aus dem Wortlaut des § 401 Abs. 1 RAbgO. zu entnehmen. Es muß also hinsichtlich der Beförderungsmittel festgestellt werden, daß diese bei der Tat selbst bzw. bei der versuchten Steuerhinterziehung unmittelbar zur Verwirklichung des strafbaren Tatbestandes benutzt worden sind.

Soweit die Beförderungsmittel lediglich zu Vorbereitungshandlungen gebraucht worden sind oder bei der Tat bloß mitgeführt worden sind, oder auch nach vollendeter Tat erst benutzt werden, muß eine Einziehung unterbleiben.

3. Zur Gesamtstrafenbildung.

Immer wieder muß das RG. Urteilsformeln berichtigen, in denen Irrtümer bei der Gesamtstrafenbildung dadurch hervorgerufen werden, daß die Schärfungsgefängnisstrafe wegen Bandenschmuggels des § 146 VZollG. bei der Bildung der Gesamtstrafe falsch zugerechnet wird.

Bei sachlich zusammentreffenden Zollhinterziehungen ist § 74 RStGB. anzuwenden (§ 418 Abs. 3 RAbgO. und RG. 5 D 363/34 = JW. 1935, 539[43]).

Gemäß § 146 VZollG. ist beim Bandenschmuggel für jeden Teilnehmer eine ein- bis dreimonatliche Freiheitsstrafe als Zusatz-

schärfungsgefängnisstrafe zu verhängen, und zwar ohne Verkürzung. Es muß also die Schärfungsstrafe zu der aus § 396 RAbgO. festzusetzenden Strafe hinzugerechnet und dann aus der Summe dieser beiden Strafen für die Bandenschmuggel-Steuerhinterziehung eine etwaige weitere Strafe wegen einer weiteren einfachen Steuerhinterziehung aus § 396 RAbgO. ausgeworfen werden; dann muß aus den so gewonnenen beiden Strafen eine Gesamtstrafe gebildet werden, also:

Strafe für den ersten Fall (Bandenschmuggel):

a) Strafe aus § 396 RAbgO.

b) Schärfungsgefängnisstrafe aus § 146 VZollG. (ein bis drei Monate) =

c) unverkürzte Addition beider Strafen, dann für den weiteren Fall:

d) Strafe aus § 396 RAbgO.

Nunmehr erfolgt Strafbildung gemäß § 74 RStGB. aus c plus d durch Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe.

Alle anderen Berechnungsarten sind falsch. Abzulehnen sind insbesondere folgende Berechnungsmethoden (JW. 1935, 540):

1. Bildung einer Gesamtgefängnisstrafe aus der zweimaligen Strafe wegen Steuerhinterziehung und daneben getrennte Erkenntnis auf die Schärfungsgefängnisstrafe.

2. Falsch ist es auch, bei Vorliegen mehrerer Bandenschmuggelfälle für die weiteren Fälle die Schärfungsstrafe auf eine selbständige weitere Gesamtgefängnisstrafe zurückzuführen und nunmehr der ersten Gesamtgefängnisstrafe hinzuzurechnen.

3. Falsch wäre es auch, sämtliche Strafen als Einzelstrafen anzusehen und dann auf eine Gesamtgefängnisstrafe zu erkennen.

Irrtümern bei der Gesamtstrafenbildung entgeht man, wenn man den Charakter der Schärfungsgefängnisstrafe als unverkürzte Zusatzstrafe zu den einzelnen Delikten ansieht.

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

28. Eine strafbare Beteiligung an der Zollhinterziehung ist bis zur tatsächlichen Beendigung möglich. †)

Das Vergehen der Zollhinterziehung erschöpft sich nicht in der Verbringung des zollpflichtigen Gegenstandes über die Zollgrenze, sondern dauert darüber hinaus fort, bis der Gegenstand im Inland bei einer Person, die ihn gutgläubig erworben hat, zur Ruhe gelangt. Solange ist auch noch eine strafbare Beteiligung an der Zollhinterziehung rechtlich möglich. Insbesondere ist es rechtlich nicht ausgeschlossen, daß eine Person der Zollhinterziehung für schuldig erkannt wird, die bei der Verbringung über die Zollgrenze noch in keiner Weise strafbar beteiligt gewesen ist, sondern erst später, bei der Weiterführung des Unternehmens im Inland, dabei mitgewirkt hat. Das ist ständige Rspr., von der abzugehen auch nach erneuter Nachprüfung kein Anlaß besteht.

(3. Sen. v. 8. April 1935; 3 D 103/35.)

Anmerkung: Die Beteiligung an einer strafbaren Handlung ist auch noch nach ihrer rechtlichen Vollendung bis zur tatsächlichen Beendigung möglich. Es ist also scharf zu unterscheiden zwischen der rechtlichen Vollendung der Haupttat und ihrer tatsächlichen Beendigung (RGSt. 58, 94; 52, 27; 54, 252).

Wann die Beendigung einer Handlung als vorliegend anzusehen ist, ist Tatfrage. Die Zollhinterziehung kann, wie das RG. ausführt, erst dann als beendet angesehen werden, wenn der zollpflichtige Gegenstand zur Ruhe gelangt, d. h. von einer gutgläubigen Person erworben wird. Die Tätigkeit des Schmuggelns kann daher erst als tatsächlich zu Ende geführt angesehen werden, wenn es den an der Tat Beteiligten gelungen ist, die Schmuggelware an einen Gutgläubigen abzusetzen. Jeder, der also bis zu diesem Zeitpunkt der Schmuggeltätigkeit an dem Absatz in irgendeiner schuldhaften Weise teilnimmt, kann wegen Teilnahme an einer Zollhinterziehung bestraft werden.

Es ist ja auch nach allgemeinen Strafrechtsgrundsätzen nicht erforderlich, daß die Teilnehmer sich an jeder Phase der strafbaren Handlung beteiligen. Daher spielt es für die Frage der Teilnahme an einer Zollhinterziehung keine Rolle, ob sämtliche Teilnehmer bei der Verbringung über die Zollgrenze mitgewirkt haben.

Die Teilnahmemöglichkeit an der Zollhinterziehung erlischt somit erst, wenn die Zollhinterziehung tatsächlich beendet ist. Hierbei ist es auch gleichgültig, ob etwa der dann tätig werdende Dritte weitere Maßnahmen, die auf Sicherung oder Ausnutzung des Erfolges abzielen, vor oder bei der Ausführung der Haupttat in Aussicht genommen hatte (RGSt. 58, 94).

RA. Dr. Dr. Megow, Küstrin.

*

29. I. § 240 Nr. 4 KO. Es besteht kein rechtliches Bedenken dagegen, eine Bilanz, die bei Gesamtwerten von einigen Millionen Reichsmark Schuldposten von insgesamt reichlich einer Million nicht aufführt, als bloße Scheinbilanz anzusehen, also Unterlassung der Bilanzziehung anzunehmen.

II. §§ 239 f., 244 KO. Bankrotthandlungen in Beziehung auf eine in Konkurs geratene ausländische (schweizerische) AktG. unterliegen dem deutschen Strafrecht. Das Mitglied des „Verwaltungsrats" einer schweizerischen AktG. steht für § 244 KO. dem „Mitglied des Vorstands" (der deutschen AktG.) gleich.

a) Bedenkenfrei ist die Annahme des LG., daß die Bilanzen, die der Angekl. aufstellen ließ, also ohne daß darin die Schulden des Angekl. an seine Angehörigen und an die beiden nicht verwandten Personen aufgeführt wurden, keine Bilanzen waren, die den Anforderungen von solchen genügen konnten, so daß auch der Tatbestand des § 240 Nr. 4 KO. erfüllt ist. Denn wenn in einer Zusammenstellung, die sich Bilanz nennt, auch abgesehen von bloßen Bürgschaftsposten, eine Anzahl von großen Schuldbeträgen von insgesamt reichlich mehr als einer Million Reichsmark unaufgeführt bleiben, so kann sie nicht mehr den Anspruch auf eine dem Gesetz entsprechende kaufmännische Bilanz machen, deren Bestimmung es ist, eine unmittelbare, zuverlässige Übersicht über den Vermögensbestand zu geben, wie er jeweils am Schlusse des Rechnungszeitraums ist (RGRspr. 4, 594; zu vergleichen ferner RGSt. 15, 175). Wenn in der von der Rev. angezogenen Entsch. v. 24. Mai 1917, 4 D 236/17 (JW. 1917, 859) gesagt wird, bloße Mängel einer Bilanz könnten nur aus dem Gesichtspunkte der unordentlichen Buchführung beurteilt werden, so trifft dies auch nach der genannten Entsch. RGSt. 15, 175 zu, und es ist Tatfrage, ob man nach dem Umfang der Mängel (nach Zahl der Posten und Höhe der Werte) noch von einer nur unvollständigen Bilanz sprechen kann oder ob einer solchen Zusammenstellung, weil sie ein vollkommen falsches Bild von der Vermögenslage des kaufmännischen Unternehmens gibt, die rechtliche Natur einer Bilanz überhaupt abgesprochen werden muß (vgl. die Entsch. des RG.: GoltdArch. 41, 379; 45, 364; 47, 443; ferner aus neuerer Zeit das Urt. v. 12. Mai 1924, 2 D 349/24). Es kann auch nicht beanstandet werden, daß das LG. eine Zusammenstellung, bei der Schuldposten von insgesamt mehr als einer Million Reichsmark weggelassen waren, auch nicht mehr als „wenigstens im Schlußergebnis richtig" hat gelten lassen, zumal angesichts der kläglichen Vermögenslage, wie sie sich bei dem schließlichen Zusammenbruche der Firma herausgestellt hat. Der Kaufmann darf nicht durch Weglassung von Schuldbeträgen den Vermögensstand seines Unternehmens günstiger darstellen, als er in Wirklichkeit ist, und zwar noch weniger, als daß er ihn durch Weglassung von Vermögensstücken ungünstiger färbte (was bei dem angegebenen Urt.: GoltdArch. 41, 379 der Fall war). Daß aber der Angekl. sich des Bestehens jener großen Schuldbeträge — mochte er sich auch darauf verlassen haben, daß seine Verwandten nicht deren Auszahlung verlangen würden — bewußt gewesen ist, hat das LG. angenommen; das Gericht ist sodann auch unter Würdigung der Persönlichkeit des Angekl. zu der Überzeugung gelangt, daß er, mochte er auch nur geringe kaufmännische Anlagen haben, doch erkannt habe, eine Vermögenszusammenstellung, die so hohe Beträge unberücksichtigt ließ, gebe ein vollkommen falsches Bild von der Vermögenslage.

b) Auch den Ausführungen des LG. zur Frage des übermäßigen Aufwandes kann nicht aus Rechtsgründen entgegengetreten werden. Die Rev. weist demgegenüber u. a. darauf hin, daß der Kaufmann zu einer höheren Lebensführung wegen des Ansehens seines Betriebes genötigt sei, und daß er selbst bei schlechtem Geschäftsgang und einem Rückgang seiner Vermögenslage eine solche Höhe der Lebensführung beibehalten dürfe. Das ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit unzutreffend, und der Kaufmann, der auch bei ungünstiger Ge-

schäfts- und Vermögenslage einen hohen Aufwand treibt, tut dies auf die Gefahr, zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn sich seine Hoffnung auf bessere Zeiten nicht erfüllt und sein Aufwand sich schließlich als auf Kosten der Gläubiger geschehen herausstellt (vgl. RGRspr. 6, 471, so auch die Entsch. des erk. Sen. v. 24. April 1928, 1 D 250/28).

Im einzelnen hat hier die Rev. noch vorgebracht, das LG. lege zu Unrecht Gewicht darauf, daß die geschäftlichen Betriebe des Angekl. „illiquid" gewesen seien. Tatsächlich wird das im angef. Urt. gesagt, und eine bloße Illiquidität, d. h. eine Anspannung der Geldlage derart, daß dem Betriebe die flüssigen Mittel gefehlt hätten, würde für sich einen hohen Aufwand noch nicht zu einem übermäßigen stempeln. So ist aber jene Begründung des LG. nicht gemeint, sondern mit dem Hinweis auf die Illiquidität der Betriebe wird erkennbar gesagt, daß der Angekl. aus dieser ihm bekannten Geldlage der Unternehmen klar ersehen habe, daß es um seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse schlimm stehe und daß er für seinen und seiner Familie persönlichen Bedarf weit mehr verbrauche, als sich angesichts einer solchen Geschäfts- und Vermögenslage und insbes. im Hinblick auf die Belange seiner dadurch gefährdeten Gläubiger rechtfertigen lasse. Der Gesamtbetrag der Schulden des Angekl. aber nur an die nicht bevorrechtigten Gläubiger wird im Urt. mit über 5 Millionen *RM*, darunter die Lieferantenschulden allein mit mehr als 1,6 Millionen *RM*, angegeben, und mit Recht sind dabei auch diejenigen Schulden mitgerechnet worden, die der Angekl. gegenüber seinen Verwandten, im besondern gegenüber seiner Frau, hatte, da diese nicht minder seine Gläubiger waren als Fremde, wie sie ja auch ebenso wie diese dann ihre Forderungen im Konkurs des Angekl. angemeldet haben.

c) Kein Bedenken besteht ferner dagegen, daß das LG. den Angekl. des Konkursvergehens auch insoweit schuldig erkannt hat, als es sich um das Vermögen der Schweizer AktG. und den über diese eröffneten Konkurs gehandelt hat.

Da es sich bei der Rechtseinrichtung des Konkurses und den hier einschlagenden Verfehlungen um eine Angelegenheit handelt, die in allen Staaten ungefähr gleich wichtig und daher annähernd gleich geregelt ist, Besonderheiten des einzelnen Landes also keine nennenswerte Rolle spielen, kann kein Bedenken dagegen bestehen, daß die in §§ 239 ff. KO. aufgestellten Strafvorschriften auch auf Straftaten angewandt werden, die sich auf ein ausländisches Vermögenswesen und einen im Ausland eröffneten Konkurs beziehen. (Eine verwandte Frage ist in der Entsch. RGSt. 68, 210 = JW. 1934, 2067 behandelt und im entgegengesetzten Sinn entschieden worden, hier aber unter ausdrücklicher Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des § 312 HGB. und dem sich aus ihr ergebenden gesetzgeberischen Zweck.)

Unbedenklich ist im besonderen auch die Anwendung des § 244 KO. auf den Angekl. Diese Gesetzesvorschrift trifft — unter anderem — die Mitglieder des Vorstands einer AktG. Nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Art. 642 Nr. 2 hat dort die AktG. „eine Verwaltung". Nach den näheren in den Art. 649 ff. getroffenen Bestimmungen hat die „Verwaltung" im wesentlichen dieselben Aufgaben und Befugnisse wie der Vorstand der deutschen AktG.

d) Zu bemerken ist schließlich nur noch, daß nicht die im einzelnen unter verschiedene Nummern des § 240 KO. fallenden Verfehlungen untereinander in „Tateinheit" stehen, sondern daß es sich um unselbständige Ausführungsvorgänge einer einzigen und einheitlichen Straftat handelt. Aus diesem Grunde wäre es übrigens im Ergebnis kaum von Bedeutung, wenn die im vorstehenden unter a erörterte Frage zu verneinen wäre, ob auch der Tatbestand des § 240 Nr. 4 KO. gegeben sei. Denn wäre jener Tatbestand nicht erfüllt, so fiele doch die Aufstellung eines inhaltlich mit schweren Mängeln behafteten Vermögensstandes unter den Begriff der unordentlichen Buchführung nach § 240 Nr. 3, da die erwähnten großen Schuldposten nicht nur in den Bilanzen weggelassen worden sind, sondern auch sonst in der Buchführung nicht erscheinen.

3. Bei der neuen Verhandlung wird zu beachten sein, daß gegen die vom LG. ohne nähere Begründung gelassene Annahme Bedenken bestehen, es handle sich bei dem Gesamttun des Angekl. um ein völlig einheitliches Vergehen. Es standen zwei selbständige Vermögenswesen nebeneinander: das des Angekl. als Einzelkaufmanns hinsichtlich seines deutschen Geschäfts, und die schweizerische AktG. Die Frage, inwieweit hier Verfehlungen nach den §§ 239 ff. KO. begangen worden sind, muß also für die beiden Vermögenswesen gesondert beurteilt werden, und zwar um so mehr, als auch das Konkursverfahren gegen beide zu ganz verschiedenen Zeiten (im Mai 1931 und im Mai 1932) eröffnet worden ist. Wenn sich der Angekl. hinsichtlich des einen wie des anderen Vermögenswesens strafbar gemacht hat, so stehen ein Vergehen nach § 240 und ein solches nach § 244 KO. nebeneinander, die dann allerdings, je nach dem Ergebnis der dem Tatrichter obliegenden Prüfung, in Tateinheit zueinander stehen können.

Soweit es sich um das Vergehen nach § 240 Nr. 4 mit § 244 KO. handelt — d. h. die Nichtziehung einer Bilanz für die AktG. —, könnte es darauf ankommen, ob diese Handlung ausschließlich im Ausland liegt oder, wenigstens zum Teil, im Gebiet des Deutschen Reichs (§§ 3, 4 Nr. 3 StGB.). Dabei wäre zu beachten, daß es insoweit nicht auf die Vorlegung der Bilanz ankäme, die nur eine Scheinbilanz wäre, sondern darauf, daß unterlassen wurde, eine (wirkliche) Bilanz zu ziehen, und hierfür könnte entscheidend sein, wo die Buchführung der AktG. gepflogen wurde.

(1. Sen. v. 18. Dez. 1934; 1 D 1256/34.)

*

****30.** §§ 1, 3, 16, 17, 29 MilStGB.; § 330a StGB. Militärische strafbare Handlungen sind nur solche, die ihrem Tatbestande nach in das MilStGB. aufgenommen sind. Wer sich als Soldat so betrinkt, daß er in unzurechnungsfähigem Zustand Vorgesetzte gegenüber Zivilpersonen verleumdet, verletzt dadurch zugleich eine militärische Dienstpflicht. †)

Die Verurteilung des Angekl. zu drei Wochen geschärften Arrestes ist ungesetzlich. Denn mit Arrest können nach §§ 1, 3, 16, 17 MilStGB. nur militärische strafbare Handlungen geahndet werden; dies sind aber nur solche, die ihrem Tatbestande nach in das MilStGB. aufgenommen und hier mit Strafe bedroht sind (vgl. RMilG. 5, 110; 18, 145). Das ist bei der sog. Volltrunkenheit nicht der Fall; diese ist als solche nicht in das MilStGB. aufgenommen, sondern lediglich in das StGB. für das Deutsche Reich, und wird hier im § 330a mit Strafe bedroht. Das Begehen einer in dem Zustande der Zurechnungsunfähigkeit begangenen strafbaren Handlung ist lediglich äußere Voraussetzung der Strafbarkeit.

Die Strafe nach § 330a Abs. 1 StGB. ist an sich Gefängnis bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe; nach Abs. 2 a. a. O. darf sie nach Art und Maß nicht schwerer sein als die für die vorsätzliche Begehung der Handlung angedrohte Strafe. Geldstrafe scheidet im vorl. Fall nach § 29 MilStGB. aus, da es keinem Zweifel unterliegen kann, daß ein Soldat, der sich so betrinkt, daß er in zurechnungsunfähigem Zustande gegen Vorgesetzte beleidigende Vorwürfe gegenüber Zivilpersonen erhebt, zugleich eine militärische Dienstpflicht verletzt. Gegen den Angekl. kann daher nur auf Gefängnis erkannt werden, und zwar, da nur ein Vergehen gegen die allgemeinen Strafgesetze begangen worden ist, von einem Tage an (§ 16 Abs. 1 StGB.). Dem steht § 330a Abs. 2 StGB., wonach die Strafe nach Art und Maß nicht schwerer sein darf, als die für die vorsätzliche Begehung der Handlung angedrohte, auch für den Fall nicht entgegen, daß angenommen wird, die als äußere Voraussetzung der Strafbarkeit in Frage kommende strafbare Handlung sei ein Vergehen gegen § 91 Abs. 1 (nicht 3) MilStGB. Denn auch dieses Strafgesetz droht Gefängnis (oder Festungshaft) bis zu zwei bzw. drei Jahren an, wenn auch bei kürzerer Dauer der Strafe als 43 Tage die Freiheitsstrafe nach § 17 Abs. 1 MilStGB. Arrest ist. Bleibt die Gefängnisstrafe innerhalb dieser Grenzen von zwei bzw. drei Jahren, so ist sie also in keinem Fall nach Art und Maß schwerer als die schwerste Art und das höchste Maß der nach § 91 Abs. 1 MilStGB. angedrohten Strafe.

Auf die Streitfrage über das Wertverhältnis von Gefängnis und Arrest zueinander, die nur von Bedeutung sein könnte, wenn das militärische Vergehen nur mit Arrest bedroht wäre — ein Fall, den das MilStGB. seit der Novelle v. 30. April 1926 (RGBl. I, 197) nicht mehr vorsieht —, braucht unter diesen Umständen nicht eingegangen zu werden (vgl. dazu einerseits RMilG. 3, 154; 12, 53; PE. 1 Nr. 117; 3 Nr. 120b und 11 Nr. 23; andererseits RGSt. 58, 65).

(4. Sen. v. 16. April 1935; 4 D 315/35.)

〈= RGSt. 69, 189.〉

Anmerkung: Die Entsch. verdient Beifall. Sie ist nach verschiedenen Richtungen hin bemerkenswert.

1. Das RG. hatte zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine von einem Matrosen im Vollrausch begangene einfache oder verleumderische Beleidigung mit einer Arreststrafe belegt werden darf. Arreststrafen sind nur bei militärischen Vergehen möglich (vgl. Fuhse, MilStGB., 2. Aufl., zu § 17); das sind nach § 1 MilStGB. die von diesem Gesetz mit Strafe bedrohten Vergehen. Maßgebend ist also, ob Tatbestand und Strafdrohung im MilStGB. enthalten sind. Diese Abgrenzung des heutigen Rechts zwischen militärischen und „bürgerlichen" Vergehen ist nicht sehr tiefgehend, sondern rein positivistisch. Sie kann aber erst künftig im Zuge einer völligen Umgestaltung des Verhältnisses von RStGB. und MilStGB. geändert werden.

Die Beleidigung eines Vorgesetzten ist militärisches Vergehen (vgl. § 91 i. Verb. m. § 1 MilStGB.). Eine Arreststrafe wäre darum zulässig, wenn der Angekl. sich bei Begehung der Tat in zurechnungsfähigem Zustande befunden hätte. Nun greift hier aber wegen der Trunkenheit des Angekl. die Strafbestimmung über den Vollrausch ein (§ 330a StGB.; die vom RG. gewählte Bezeichnung „Volltrunkenheit" deckt nicht den ganzen Tatbestand und ist durch „Vollrausch" zu ersetzen; vgl. Siegert: Aschaffenburgs MSchr. 1932, 338). Das RG. stellt in Konsequenz seiner Rspr. und der des RMilG. zutreffend fest, daß der vom Soldaten begangene Vollrausch kein militärisches Vergehen ist, weil bei ihm Tatbestand und Strafdrohung dem RStGB. entnommen werden. Hieran wird nichts dadurch geändert, daß auf Grund des § 330a Abs. 2 die Höhe der Strafe durch die Vorschrift in § 91 MilStGB. begrenzt ist. Der Vollrausch ist ein selbständiger Tatbestand gegen den Mißbrauch von Rauschgiften; die von ihm vorausgesetzte Verwirklichung eines anderen Tatbestandes ist nur sachliche Bedingung der Strafbarkeit (das RG. sagt: äußere Voraussetzung der Strafbarkeit). — Diese Strafbarkeitsbedingung ist im Verhältnis zum Gesamttatbestande von durchaus untergeordneter Bedeutung und kann darum nicht dem ganzen Delikt das Gepräge geben.

2. Ist aber im vorl. Falle der sich in Vorgesetztenbeleidigung äußernde Vollrausch kein militärisches Vergehen, so scheidet eine Arreststrafe (von 1—42 Tagen) i. S. des § 17 MilStGB. aus. Nach § 330a Abs. 1 RStGB. ist also eine Gefängnisstrafe von 1 Tag bis zu 2 Jahren oder eine Geldstrafe zu verhängen. Die Geldstrafe muß aber hier außer Betracht bleiben. Nach § 29 MilStGB. darf bei „bürgerlichen" Vergehen auf eine an sich zulässige Geldstrafe nicht erkannt werden, wenn vom Täter zugleich eine militärische Dienstpflicht verletzt ist. Der Begriff der militärischen Dienstpflicht umfaßt jede durch den militärischen Dienst begründete Pflicht der Soldaten (Romen und Rissom, MilStGB., 3. Aufl., § 29, 3). Diese Pflicht greift über den befohlenen Dienst weit hinaus und verlangt gerade heute vom Soldaten, daß er sich auch im Verkehr mit Zivilpersonen der Zugehörigkeit zur Wehrmacht würdig zeigt. Jede Verletzung seiner Treupflicht ist eine Verletzung seiner Dienstpflicht. Darum wird künftig das RG. in weiterem Umfange, als das früher vom RMilG. anerkannt worden ist, in außerdienstlichem Verhalten von Soldaten eine Verletzung der militärischen Dienstpflicht annehmen müssen.

3. Das RG. prüft mit Rücksicht auf die Strafzumessung, ob der Angekl. im Vollrausch eine wissentlich oder nur unbewußt falsche Behauptung aufgestellt hat (§ 91 Abs. 1 u. 3 MilStGB.). Es hält also für beachtlich, ob der Angekl. Tatumstände eines gesetzlichen Tatbestandes gekannt hat, obschon er nicht einmal fähig war, das Unrecht der Tat einzusehen und danach zu handeln. Diese Untersuchung führt zu der umfassenden und vom RG. (DRZ. 1935 Rspr. Nr. 40) bereits angeschnittenen Frage, inwieweit ein Zurechnungsunfähiger, der den Tatbestand einer „strafbaren Handlung" verletzt (vgl. §§ 42b und 330a RStGB.), die subjektiven Merkmale dieses Tatbestandes erfüllt haben muß. Diese Frage soll hier nur angedeutet, im übrigen aber einer besonderen Untersuchung vorbehalten bleiben.

Prof. Dr. K. Siegert, Göttingen.

*

31. § 102 MilStGB. Zum Begriff „in Beziehung auf den Dienst". †)

Das OKrGer. hat festgestellt, daß der Angekl. in einer Gastwirtschaft gegen 23 Uhr in einem Vorraum an drei nichtermittelten Soldaten vorbeiging, und als diese ihn mit „Heil ....." begrüßten, im Vorübergehen sagte: „Scheiß auf dein Heil ....., wenn man die ausgeschiedenen Kameraden sieht, könnte mir das Weinen ankommen." Das OKrGer. erblickt in dieser Äußerung des Angekl. das Unternehmen des Erregens von Mißvergnügen in Beziehung auf den Dienst unter Kameraden nach § 102 MilStGB. Es kann dahingestellt bleiben, ob einwandfrei nachgewiesen ist, daß dem Angekl. bei dieser zu vorgerückter Stunde im Vorbeigehen an ihm unbekannten Soldaten getanen Äußerung deren Eignung zur Erregung von Mißvergnügen zum Bewußtsein gekommen ist. Ein Vergehen nach § 102 MilStGB. liegt schon deshalb nicht vor, weil das Tatbestandsmerkmal „in Beziehung auf den Dienst" nicht gegeben ist.

Daß die Worte „in Beziehung auf den Dienst" im weitesten Sinne auszulegen sind, ist unbestritten. Die ursprüngliche Fassung des Regierungsentwurfs lautete: „in Beziehung auf den Dienst oder in Beziehung auf militärische Angelegenheiten oder Einrichtungen." Der letzte Teil dieses Satzes wurde später gestrichen, und es wurden die Worte: „in Beziehung auf den Dienst" für ausreichend gehalten. Hierzu gehört alles, was irgendwie Beziehung auf das militärische Dienstverhältnis hat, von der Einstellung des Soldaten bis zu seiner Entlassung, und zwar umfaßt der militärische Dienst die ganze dem Heere eigentümliche, durch dessen Wesen und Bestimmung gegebene Tätigkeit, d. h. das gesamte militärische Dienstverhältnis des Soldaten, die aus seiner gesetzlichen oder übernommenen Dienstpflicht sich ergebenden dienstlichen Beziehungen. Hierunter fallen auch militärische Standesverhältnisse, sonstige einzelne militärische Zustände, Einrichtungen, Anordnungen usw., z. B. auch Verpflegung. In allen Fällen ist aber notwendige Voraussetzung, daß es sich um dienstliche Beziehungen handelt, die den Soldaten während seiner Dienstzeit berühren, also während der Zeit, in der er als aktiver Soldat in unmittelbarem Zusammenhang mit dem militärischen Dienst und dessen Einrichtungen steht, nicht aber um Zustände oder Einrichtungen, die den Soldaten erst nach Beendigung oder Auflösung des Dienstverhältnisses berühren. Getroffen werden sollen durch § 102 MilStGB. Äußerungen, die geeignet sind, den Soldaten gegen Vorkommnisse, Einrichtungen usw. mißmutig zu machen, die unmittelbar seinen militärischen Dienst und die damit zusammenhängenden Zustände betreffen, und zwar solange er Soldat ist, weil darunter sein Verhältnis zu Vorgesetzten, Kameraden und seine Einstellung zu militärischen Einrichtungen leiden kann, was seine dienstlichen Leistungen ungünstig beeinflussen kann. Hierunter könnten wohl Äußerungen über das Kündigungsverfahren fallen, nicht aber solche, die sich nur mit der wirtschaftlichen oder sonstigen Lage des Soldaten nach seiner Entlassung aus dem Heeresdienst befassen. Es ist eine Erfahrungstatsache, daß sich Soldaten, insbes. die älteren, vielfach darüber unterhalten, wie sich ihre Zukunft nach der Entlassung an Hand der ihnen durch die Versorgungsgesetze gegebenen Möglichkeiten voraussichtlich gestalten wird, und wenn bei einer solchen Gelegenheit zum Ausdruck gebracht wird, daß die Versorgungsgesetze die Zukunft des entlassenen Soldaten noch besser gestalten müßten, so ist damit nichts gegen die dienstlichen Beziehungen und Verhältnisse des aktiven Soldaten gesagt. Nach § 102 MilStGB. müssen sich aber die unter Strafe gestellten Äußerungen gegen den Dienst und die dienstlichen Beziehungen des aktiven Soldaten richten. Im vorl. Fall handelt es sich um eine Äußerung, die die wirtschaftliche Lage oder die sonstige Lage der ausgeschiedenen Kameraden kritisieren wollte, mit den Beziehungen zum aktiven Dienst aber nichts zu tun hatte. Es ist nun denkbar, daß eine solche abfällige Äußerung über das WehrmachtsversorgG., wie man die Äußerung des Angekl. auffassen kann, auch beim aktiven Soldaten eine Mißstimmung hervorrufen kann, damit ist aber das Erfordernis „in Beziehung auf den Dienst" im gesetzlichen Sinne noch nicht erfüllt. Das Gesetz, das die Rechtsverhältnisse des Soldaten nach seiner Entlassung aus dem Heeresdienst regelt, hat mit dem militärischen Dienst i. S. des § 102 MilStGB. nichts

zu tun. Es fehlt sonach an den äußeren Tatbestandsmerkmalen des § 102 MilStGB.

(4. Sen. v. 5. April 1935; 4 D 341/35.)

Anmerkung: Die Entsch. gibt m. E. Anlaß zu Bedenken, weil das RG. die Anwendung des § 102 MilStGB. ablehnt. Wenn das RG. meint, der Angekl. habe nicht „in Beziehung auf den Dienst" Mißvergnügen erregt, so steht das im Widerspruch zu der von ihm in Übereinstimmung mit der gemeinen Meinung (vgl. Romen und Rissom, MilStGB., 3. Aufl., § 102 Anm. 2; Fuhse, MilStGB., 2. Aufl., § 102 Anm. 3) getroffenen Feststellung, daß die Worte des Gesetzes im weitesten Sinne zu verstehen seien. Das RG. sagt selbst, alles gehöre hierher, was irgendwie Beziehung auf das militärische Dienstverhältnis habe. Es will dann aber einen Trennungsstrich ziehen zwischen den Dingen, die unmittelbar den Dienst betreffen, und denen, die sich wie die vorliegende Äußerung auf die Versorgung der ausscheidenden Kameraden beziehen. So sollen Äußerungen, welche das Kündigungsverfahren betreffen, hierher gehören, nicht aber solche über die Versorgung. — Eine solche Trennung wird aber m. E. dem Wesen des langjährigen militärischen Dienstverhältnisses nicht gerecht. Beim Berufssoldaten lassen sich das Dienstverhältnis und die spätere Versorgung nicht auseinanderreißen, und zwar aus doppeltem Grunde. Zunächst gehört zum militärischen Dienst auch die von der Reichswehr in großzügiger Weise betriebene Ausbildung für die später zu ergreifenden Zivilberufe. Durch seine Äußerungen hat der Angekl. in Beziehung auf diesen Unterricht eindeutig Mißvergnügen erregt, da eine Aussichtslosigkeit des Existenzkampfes im späteren Zivilberuf auch die Vorbereitung dafür ihres Zweckes berauben würde. Außerdem aber beeinflußt die rechtliche Behandlung der ausscheidenden Kameraden die gesamte Haltung und Dienstfreudigkeit aller älteren Soldaten. Das Dienstverhältnis der Berufssoldaten als Ganzes wird durch die Äußerungen des Angekl. in Mitleidenschaft gezogen. Darum hätte m. E. das RG. mit dem OKrGer. den Angekl. nach § 102 MilStGB. verurteilen müssen.

Prof. Dr. K. Siegert, Göttingen.

*

32. §§ 246, 306 MilStGO. Auch das BU. muß grundsätzlich aus sich selbst heraus verständlich sein. Eine Verweisung auf die Gründe des erstinstanzlichen Urteils ist nur dann zulässig, wenn sie außer allem Zweifel läßt, welcher Tatbestand der Entsch. des BG. zugrunde gelegt worden ist (vgl. zu den entsprechenden §§ 326, 394 Abs. 2 der früheren MilStGO. RMG. 4, 137/38 und 243/44/46; 10, 152/55; 15, 142/44 und 289/295; 17, 92/96 und 124/25; ferner zu den entsprechenden §§ 267, 332 StPO. RGSt. 59, 78 und 427/28; 66, 8/10).

(4. Sen. v. 24. Mai 1935; 4 D 530/35.)

*

33. § 140 StPO. Wird der Antrag des Angekl. auf Bestellung eines Verteidigers als verspätet abgelehnt, von dem Angekl. aber die Bestellung erneut beantragt, weil ihn an der Verspätung kein Verschulden treffe, so ist dieser neue Antrag als Wiedereinsetzungsantrag zu behandeln. Ein Verstoß hiergegen kann zur Aufhebung des Urteils führen. Eine Pflicht, den Angekl. auf die Antragsfrist hinzuweisen, besteht für das Gericht nicht.

(1. Sen. v. 2. April 1935; 1 D 210/35.)

*

****34.** § 267 StPO. Kommt das Gericht bei und auf Grund der Hauptverhandlung zu dem Ergebnis, daß das Verfahren wegen gewährter Straffreiheit einzustellen sei, so ist es nicht schlechthin erforderlich, daß das Urteil die Beweisergebnisse der, sei es vollständig oder nur teilweise durchgeführten, Hauptverhandlung darlege.

Die Frage der Straffreiheit ist auf jeder Stufe des Verfahrens zu prüfen. Am 19. März 1934 war die Sache vor dem LG. verhandelt, dann aber auf unbestimmte Zeit vertagt worden. Bei der neuen Verhandlung, v. 5. Sept. 1934, war inzwischen das StraffreihG. ergangen. Das LG. wäre in der Lage gewesen, vor dieser neuen Verhandlung und ebenso vor der schließlichen Verhandlung v. 3. Dez. 1934 das Verfahren einzustellen, wenn es in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für gegeben hielt (also ohne erst durch eine Hauptverhandlung, und nötigenfalls durch eine Beweiserhebung in dieser, jene Voraussetzung feststellen zu müssen).

Das ist nun nicht geschehen, vielmehr am 5. Sept. 1934 und dann nach Vertagung erneut am 3. Dez. 1934 die Hauptverhandlung abgehalten worden.

Auch nach dem Beginn der Hauptverhandlung hat aber das Gericht die Frage der Straffreiheit jederzeit im Auge zu behalten, und hat die Verhandlung dann nicht weiterzuführen, wenn eine Klärung des Sachverhalts insoweit erzielt ist, daß die Voraussetzungen der Straffreiheit vorliegen. Möglicherweise ist hierzu eine volle Durchführung der Hauptverhandlung nötig, möglicherweise aber ergibt schon die bloße Vernehmung des Angekl., etwa sein persönlicher Eindruck, dem Gericht die Sicherheit, daß jedenfalls keine höhere Strafe als die für die Straffreiheitsfrage maßgebenden Höchstbeträge zu erwarten ist.

Immer aber muß, wenn die Hauptverhandlung begonnen worden ist, die nunmehr ergebende Entscheidung als Urteil erlassen werden (§ 260 StPO.).

Über den erforderlichen Inhalt eines solchen auf Einstellung lautenden Urteils gibt nun § 267 StPO. keine ausdrückliche Vorschrift. Dessen Abs. 1 und 5 sprechen nur von dem verurteilenden und dem freisprechenden Erkenntnis und bestimmen, daß die Gründe der Entscheidung in dem Urteil anzugeben sind. Von dem auf Einstellung lautenden Urteil ist hier nicht die Rede. Hieraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß ein solches Urteil keiner Begründung bedürfte und sich mit dem bloßen Ausspruch begnügen dürfte, das Verfahren werde eingestellt. Ein Begründungszwang — wenn auch nur in den später zu erörternden Grenzen — ergibt sich vielmehr aus der Natur der Sache. Zwar hat das RevG. hinsichtlich der im StraffreihG. aufgestellten besonderen Voraussetzungen das Recht und die Pflicht selbständiger Prüfung und Ermittlung. Es ist aber hinsichtlich der Beurteilung der Tat selbst an die Feststellungen gebunden, die hierzu der Tatrichter getroffen hat. Wie also dieser verpflichtet ist, die Sache wenigstens soweit zu klären, als er es selbst für eine sichere Entscheidung der Straffreiheitsfrage bedarf, ebenso muß er auch in der Begründung seines Urteils dem RevG. die Grundlage dafür bieten, welches — vom Tatrichter festgestellte oder schlimmstenfalls in Frage kommende — Tun des Angekl. der Beurteilung der Straffreiheitsfrage von ihm zugrunde gelegt worden ist und mithin auch vom RevG. seiner Beurteilung jener Frage zugrunde gelegt werden muß.

Ebenso aber wie die Hauptverhandlung nicht bis zu einer vollständigen Klärung des Sachverhalts durchgeführt werden muß, sondern abgebrochen werden darf und muß, sobald die Voraussetzungen der Straffreiheit gesichert sind, ergibt sich aus den vorstehenden Darlegungen für den Umfang der Begründung eines Einstellungsurteils zunächst so viel, daß eine solche Begründung für die Nachprüfung des RevG. nicht weiter erforderlich ist, als dies die Straffreiheitsfrage betrifft, mag nun die Hauptverhandlung vollständig durchgeführt worden sein oder nicht, das heißt bis zu dem Punkte, wo das Gericht in der Lage gewesen wäre, ein Urteil in der Sache selbst zu erlassen, sei es auf Verurteilung oder auf Freisprechung des Angekl. Die Urteilsbegründung nicht über jenes Maß auszudehnen, besteht nun aber hier ein Grund besonderer Art. Nicht selten sind die Fälle, in denen sich ein Angekl., dem die Einstellung des Verfahrens wegen gewährter Straffreiheit zuteil wird, gleichwohl dadurch beschwert fühlt, daß nicht auf die von ihm verlangte Freisprechung erkannt wird (und nicht erkannt werden kann; Urt. v. 22. Jan. 1935, 1 D 1460/34 = JW. 1935, 945[31] und v. 25. Febr. 1935, 5 D 519/34), da trotz der Einstellung des Verfahrens in solchen Fällen der Verdacht der strafbaren Handlung gegen ihn bestehen bleibt, ein Verdacht, der schon eindringlich ausgesprochen ist durch die Anklageschrift, den Eröffnungsbeschluß oder nun gar durch die im Urteil getroffenen Tatbestandsfeststellungen. Diese Beschwer des Angekl. kann vorliegen, sei es, daß das Gericht auf Grund einer nicht zu Ende geführten Klärung des Sachverhalts nur vorläufige Feststellungen zu treffen vermag,

also unter dem Vorbehalt, daß eine weitere Aufklärung möglicherweise zu einer milderen Beurteilung oder gar zur Verneinung eines strafbaren Tatbestands führen könnte, oder daß das Gericht auf Grund der Hauptverhandlung die sichere Überzeugung von der in den Urteilsgründen dargelegten strafbaren Tat des Angekl. erlangt zu haben glaubt. Denn in dem einen wie in dem andern Fall wird dem Angekl. durch die Einstellung des Verfahrens die Möglichkeit genommen, sich durch Einlegung eines Rechtsmittels von dem auf ihm ruhenden Verdachte zu reinigen. Wo ein solches Ergebnis vermieden werden kann, muß es also zum mindesten als empfehlenswert bezeichnet werden, im Urteil von einer mehr oder weniger bestimmten Sachverhaltsfeststellung abzusehen, soweit sie eben nicht für die Beurteilung der Straffreiheitsfrage nötig ist. Dann kann es aber jedenfalls nicht ohne weiteres als ein die Rev. begründender Rechtsmangel angesehen werden, wenn nach der Durchführung der Hauptverhandlung das auf Einstellung lautende Urteil davon absieht, über jenes Maß hinaus den Sachverhalt darzulegen, zu dessen Feststellung oder vorläufiger Annahme das Gericht gelangt ist.

Andererseits dürfen allerdings die Urteilsgründe nicht die Angabe von solchen Verhandlungsergebnissen vermissen lassen, die dem Gericht für die Straffreiheitsfrage entscheidend geworden sind, und die nunmehr auch dem RevG. für dessen Prüfung jener Frage maßgebend sein müssen. So läge etwa in dem Falle, daß im Eröffnungsbeschluß eine Tat angenommen war, bzgl. deren keine Anwendung des StraffreihG. in Frage kommen konnte, das Gericht aber auf Grund der Hauptverhandlung zur Annahme eines milder zu beurteilenden Sachverhaltes gelangt ist, auf Grund dessen es die Straffreiheit für gegeben hält, dann ein Mangel des Urteils vor, wenn es sich einer nähern Darlegung hierüber enthielte. Ähnlich läge es, wenn im Eröffnungsbeschluß eine Verfehlung angenommen wäre, für die die Anwendbarkeit des StraffreihG. in Frage käme, während sich aus der im Eröffnungsbeschluß oder in der Anklageschrift gegebenen Sachdarstellung ergibt, daß die Anwendbarkeit einer schwereren Strafvorschrift übersehen worden ist (z. B. § 349 StGB. gegenüber einem bloßen Vergehen nach § 348). Es liegt ferner auf der Hand, daß dann, wenn das Gericht bei einer Mehrheit von Anklagepunkten bzgl. einzelner das Vorliegen einer strafbaren Handlung verneint und nunmehr die für die übrigen Handlungen auszusprechende Strafe oder Gesamtstrafe unterhalb des im StraffreihG. bestimmten Höchstbetrages bemäße, die Gründe auszuführen sind, die dort zur Verneinung der Strafbarkeit führten.

Im allgemeinen aber kann die Angabe des Urteils darüber, was dem Angekl. zur Last gelegt ist (Inhalt des Eröffnungsbeschlusses) dann genügen, wenn sich aus dem Urteil ergibt, daß auf Grund der durchgeführten Verhandlung jedenfalls keine schwerere Straftat in Frage kommt als die dort angenommene, und wenn außerdem kein Anhalt dafür ersichtlich ist, daß der angenommene Sachverhalt tatsächlich oder rechtlich in einem maßgebenden Punkte zu mild aufgefaßt worden sei. So würde zur Aufhebung des Urteils ein Anhalt für die Annahme führen müssen, daß das Gericht entgegen dem § 264 StPO. geglaubt hätte, es komme nur auf die Beurteilung der Tat aus der Strafvorschrift an, die im Eröffnungsbeschlusse genannt ist oder der Begriff der „Tat" sei auf die in der Anklageschrift und im Eröffnungsbeschluß erwähnte Einzelhandlung zu beschränken. Bloßen gedachten Möglichkeiten aber, nach denen eine strengere Beurteilung in Frage kommen könnte, würde keine Bedeutung beigemessen werden dürfen.

(1. Sen. v. 26. Febr. 1935 u. 22. März 1935; 1 D 30/35.)
〈= RGSt. 69, 157.〉

*

35. § 267 StPO. Das Gericht ist nicht verpflichtet, mit jeder einzelnen Schutzbehauptung des Angekl. und mit jeder Zeugenaussage sich in den Urteilsgründen ausdrücklich auseinanderzusetzen. Es hat seine Auffassung zu begründen, nicht aber die der Beteiligten zu widerlegen.

(3. Sen. v. 3. Juni 1935; 3 D 365/35.)

Volksgerichtshof

36. § 67 RAGebO. Erst mit der Anordnung der Hauptverhandlung ist das Vorverfahren im Sinne des § 67 RAGebO. beendet. Ein amtlich bestellter Verteidiger, der überhaupt bis zur Anordnung der Hauptverhandlung für den Angeklagten tätig geworden ist, kann die Gebühr des § 67 beanspruchen.

Die Best. des Art. IV § 5 Abs. 4 Ges. v. 24. April 1934, „die in der StPO. an die Eröffnung des Hauptverfahrens geknüpften Wirkungen treten mit der Einreichung der Anklageschrift ein" bezieht sich nur auf die §§ 156, 157, 168 StPO.; d. h. mit der Einreichung der Anklageschrift beim Volksgerichtshof wird die Sache bei Gericht rechtshängig, die Anklage kann nicht mehr zurückgenommen werden, was sonst bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens möglich ist, der Beschuldigte wird zum Angekl. und ist im schriftlichen Verkehr mit seinem Verteidiger nicht mehr beschränkt.

Nicht der Antrag der Anklageschrift auf Anordnung der Hauptverhandlung tritt an Stelle der Eröffnungsbeschlusses, sondern erst die Anordnung der Hauptverhandlung durch den Vorsitzenden des Senats; denn

1. ist die Einreichung der Anklageschrift ein Verfahrensakt der Anklagebehörde,
2. hat die Einreichung der Anklageschrift nicht notwendigerweise eine Hauptverhandlung zur Folge, was beim Eröffnungsbeschluß grundsätzlich stets der Fall ist,
3. hat der Gesetzgeber selbst die Möglichkeit einer Voruntersuchung, die nach Eröffnung des Hauptverfahrens ausgeschlossen ist, offen gelassen (§ 5 Abs. 2 a. a. O.).

Diese Erwägungen müssen zu der Feststellung führen, daß erst mit der Anordnung der Hauptverhandlung das Vorverfahren i. S. von § 67 RAGebO. beendet ist. (Gl. A.: Schwarz, § 203, Anm. 3.)

Die Entsch. darauf abzustellen, ob im einzelnen Falle nach Einreichung der Anklageschrift eine Voruntersuchung stattgefunden hat, erscheint unzulässig.

Dies hat zur Folge, daß ein amtlich bestellter Verteidiger, der überhaupt bis zur Anordnung der Hauptverhandlung für den Angekl. tätig geworden ist, die Gebühr des § 67 zu beanspruchen hat.

(VolksGH., 2. Sen., Beschl. v. 17. Juni 1935, 14 J 75/33, 2 H 6/35.)

Reichserbhofgericht

37. §§ 25, 37, 49 RErbhofG.; §§ 11, 25 der 1. DurchfVO., § 10 der 2. DurchfVO. z. RErbhofG.; § 22 Abs. 2 FGG.; § 15 GBO.

1. Der Notar kann nicht in allen Fällen, in denen er beim AnerbG. einen Antrag für den Anerbenberechtigten gestellt hat, an Stelle eines RA. die weitere Beschw. unterzeichnen. Diese Befugnis steht ihm nur dann zu, wenn er im Hinblick auf ein von ihm beurkundetes oder beglaubigtes Rechtsgeschäft, das der Zustimmung oder der Genehmigung des AnerbG. bedarf, im Namen des Anerbenberechtigten die Entsch. des AnerbG. beantragt hat. Ein allgemeines Antragsrecht hat das Gesetz dem Notar nicht geben wollen.

2. Beruht die Versäumung der Frist für die sofortige weitere Beschw. allein auf unzutreffender Auslegung einer bisher vom RErbhGer. nicht entschiedenen Rechtsfrage durch den Notar, so kann das Verschulden des BeschwF. an der Fristversäumung verneint und seinem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattgegeben werden.

Der Bauer Walter B. in L. ist Eigentümer des in den Grundbüchern von L. Blatt 17 und 1194 A eingetragenen Grundbesitzes, der rund 23 ha groß ist. Gegen seine Aufnahme in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe hat er durch Notar W. Einspruch eingelegt, weil der Hof ständig verpachtet sei. Das AnerbG. in W. hat mit Beschl. v. 9. Juni 1934 den Einspruch zurückgewiesen und festgestellt, daß die Besitzung ein Erbhof sei. Die hiergegen vom Eigentümer eingelegte sofortige Beschw. hat das LErbhGer. in Celle mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Feststellung der Erbhofeigenschaft in Fortfall komme. Beide Gerichte

sind der Ansicht, daß ein Pachthof nicht vorliege, und bejahen die Erbhofeigenschaft, da auch die übrigen Voraussetzungen hierfür gegeben seien.

Den Beschluß des LErbhGer. ficht der Eigentümer mit der sofortigen weiteren Beschw. an, die fristgemäß durch Notar W. eingelegt ist.

Diese Beschw. ist unzulässig. Nach § 25 der 1. DurchfVO. zum RErbhofG. muß die sofortige weitere Beschw. an das RErbhGer. von einem RA. unterzeichnet sein. Von dieser Best. läßt § 10 Abs. 2 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG. eine Ausnahme zu, wenn die Beschw. von einem Notar eingelegt wird, der in der Angelegenheit für den BeschwF. einen Antrag beim AnerbG. gestellt hat. Diese Ausnahmebestimmung gilt aber nicht für alle Fälle, in denen ein Notar beim AnerbG. einen Antrag für den BeschwF. gestellt hat. Vielmehr muß er diesen Antrag auf Grund der Ermächtigung aus § 10 Abs. 1 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG. gestellt haben, nach welchem der Notar dann als ermächtigt gilt, im Namen des Anerbenberechtigten die Entsch. des AnerbG. zu beantragen, wenn er ein Rechtsgeschäft beurkundet oder beglaubigt hat, das der Zustimmung oder der Genehmigung des AnerbG. bedarf. Diese Voraussetzungen sind im vorl. Falle nicht gegeben. Der Notar hat für den BeschwF. nur einen Ehevertrag entworfen. Dieser unterliegt nicht der Genehmigung des AnerbG. Damit entfällt die Ermächtigung aus § 10 Abs. 1 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG. Der Ausnahmefall des § 10 Abs. 2 der 2. DurchfVO. liegt also nicht vor. Hieran würde auch nichts geändert, wenn die Gültigkeit des Ehevertrages, wie der BeschwF. behauptet, von der Feststellung der Erbhofeigenschaft abhängig wäre. Dieser Fall ist durch § 10 Abs. 1 und 2 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG. nicht gedeckt. Hiergegen spricht allein schon der Wortlaut dieser Best. Hinzu kommen aber noch folgende Erwägungen: Nach §§ 25 und 37 RErbhofG. unterliegt die Veräußerung oder Belastung eines Erbhofes sowie in manchen Fällen die Verfügung von Todes wegen über einen Erbhof der Genehmigung oder Zustimmung des AnerbG. Hierbei handelt es sich in der Regel um Geschäfte, die der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen. Nun gilt schon nach § 15 GBO. der Notar als bevollmächtigt, für den Antragsberechtigten den Antrag beim GBA. zu stellen. Es schien deshalb angemessen, dieses Antragsrecht des Notars auch auf die Stellung des Genehmigungsantrags auszudehnen, um den Geschäftsgang zu vereinfachen und für die Beteiligten zu verbilligen. Das Gesetz hat das Antragsrecht des Notars bewußt auf diese bestimmten Fälle beschränkt und damit keineswegs dem Notar ein allgemeines Antragsrecht geben wollen. Auch die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 2 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG. hat es nur für diese Fälle geschaffen.

Die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG. liegen also nicht vor. Deshalb ist die vom Notar W. eingelegte Beschw. wegen Formmangels unzulässig.

Nun hat der BeschwF., nachdem er vom RErbhGer. auf die Bedenken wegen dieses Formmangels seiner Beschw. hingewiesen worden war, durch RA. K. erneut sofortige weitere Beschw. eingelegt und gleichzeitig um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebeten. Nach § 22 Abs. 2 FGG., der nach § 11 der 1. DurchfVO. zum RErbhofG. Anwendung findet, kann auf Antrag die Wiedereinsetzung gewährt werden, wenn die Versäumung nicht auf einem Verschulden des BeschwF. beruht und das versäumte Rechtsmittel innerhalb zwei Wochen nach Beseitigung des Hindernisses eingelegt wird. Diese Voraussetzungen sind gegeben. Die Versäumung der Frist beruht allein auf einer unzutreffenden Rechtsauffassung des Notars über die Ausnahmebestimmung des § 10 Abs. 2 der 2. DurchfVO. zum RErbhofG. Da es sich hierbei um eine Auslegung einer bisher vom RErbhGer. nicht entschiedenen Frage handelt, konnte das Vorliegen eines Verschuldens verneint und dem Wiedereinsetzungsantrag stattgegeben werden, da auch die zweiwöchige Frist aus § 22 FGG. gewahrt ist. Die Beschw. selbst ist unzulässig. Nach § 49 Abs. 4 RErbhofG. hängt die Zulässigkeit der sofortigen weiteren Beschw. davon ab, daß in der Entsch. des LErbhGer. ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Da das LErbhGer. die sofortige Beschw. gegen den Beschluß des AnerbG. zurückgewiesen hat, liegen zwei gleichlautende Entsch. der unteren Rechtszüge vor. Zwar hat das LErbhGer. hierbei den Wortlaut der Beschlußformel des AnerbG. insoweit geändert, als es die Feststellung der Erbhofeigenschaft in Fortfall kommen läßt. Aber gleichwohl stimmen die Entsch. im Endergebnis dahin überein, daß der Grundbesitz als Erbhof einzutragen sei. Beim Vorliegen solcher inhaltlich übereinstimmender Entsch. wäre ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nur gegeben, wenn das Verfahren bei dem ErbhGer. gegen zwingende Verfahrensvorschriften verstoßen und hierauf die Entsch. beruhen würde. Einen solchen Verfahrensverstoß läßt die angefochtene Entsch. auch unter Berücksichtigung der BeschwBegr. nicht erkennen. Wenn der BeschwF. im einzelnen nachzuweisen versucht, daß das ErbhGer. zu Unrecht die Pachthofeigenschaft verneint habe, so greift er mit dieser Rüge die in der Entsch. des ErbhGer. enthaltene rechtliche Würdigung des Sachverhalts an. Diese kann aber nur nachgeprüft werden, wenn das Vorliegen eines Verfahrensverstoßes die Annahme eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes rechtfertigen und dem RErbhGer. die Möglichkeit der Nachprüfung überhaupt eröffnen würde. Das ist, wie dargelegt, hier nicht der Fall.

(RErbhGer., 2. Sen., Beschl. v. 8. April 1935, 2 RB 750/34.)
⟨= REG. 1, 226.⟩

Erbhofgerichte

Celle

38. §§ 1, 15, 38 RErbhofG. Erwirbt der Eigentümer eines im Zwangsversteigerungsverfahren befindlichen erbhoffähigen Besitztums nach dem 1. Okt. 1933 die Bauernfähigkeit (Wirtschaftsfähigkeit), die ihm vorher gefehlt hat, so erlangt das Besitztum damit die Erbhofeigenschaft. Die Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren steht dem nicht entgegen. †)

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 14. Dez. 1934, 3 EH 1842/34.) [—n.]

Abgedr. JW. 1935, 1637[18].

Anmerkung Oeller ebenda.

Anmerkung B: Die von der ständigen Rspr. des LErbhGer. (vgl. DNotZ. 35, Juniheft, mit Besprechung von Schieck) bisher allein abweichende Entsch. des 3. Sen. ist wohl nur deshalb im Ergebnis zu billigen, weil der Beschluß des AnerbG. v. 10. März 1934 unrichtig war: in fünf Monaten wird man nicht bauernfähig!

Die Ausführungen Oellers unter Ziff. 1 liegen neben der Sache. Es ist selbstverständlich, daß die „Vorschaltung" der Ges. v. 1. Juni und 27. Dez. 1933 durch Verneinung der Erbhofeigenschaft geschieht, zumal das letztere Gesetz bei Bejahung der Erbhofeigenschaft überhaupt nicht (§ 6), das erstere mit gewissen Besonderheiten zur Anwendung kommt.

Oeller verkennt (wie schon DNotZ. 35, 17 ff.) Sinn und Tragweite des § 23 ZwVerstG. Er haftet an dem rein gesetzestechnischen Hinweis auf § 135 BGB. Entscheidend ist nicht die Veräußerung, sondern die Liegenschaftsbeschlagnahme. Diese beeinträchtigt den Vollstreckungsschuldner genau so — nicht anders, nicht mehr und nicht weniger — wie den Erwerber. Verneint man (mit Oeller) bei diesem das Alleineigentum i. S. des RErbhofG., so kann man es bei jenem unmöglich bejahen. Die eingetretenen Beschlagnahmewirkungen werden durch § 23 ZwVerstG. lediglich auf den Erwerber übergeleitet, d. h. der Erwerber tritt gegenüber dem betreibenden Gläubiger (und nur ihm gegenüber) in diejenige Stellung ein, die der veräußernde Vollstreckungsschuldner bis dahin inne hatte: er kann sich gegen die Fortsetzung der Vollstreckung nicht wehren. Der Hinweis auf § 135 BGB. bedeutet, daß das „Eigentum" des Erwerbers den betreibenden Gläubiger genau so wenig an der Verwertung hindern soll wie bisher das „Eigentum" des Veräußerers (und Vollstreckungsschuldners). Es ist deshalb, wenn man mit Oeller vom Begriffe des Alleineigentums ausgeht, nicht möglich, die Fälle, in denen eine bis dahin fehlende Voraussetzung der Erbhofeigenschaft ohne Verstoß gegen § 23 ZwVerstG., z. B. durch Erbgang, Zuerwerb, Einstellung eines überwiegenden Gewerbebetriebes, entsteht, anders zu behandeln als diejenigen, in denen eine Veräußerung vorliegt. Ein „Mehr an Voraussetzungen für die Erbhofeigenschaft" wird immer geschaffen, sonst entsteht die Frage nach der Erbhofeigenschaft überhaupt nicht. Bei der Frage, ob es schutzwürdig ist, geht es letzten Endes nicht um Einzelinteressen, sondern um die Sauberkeit des Erbhofrechts. Diese kann nur dadurch erhalten bleiben, daß man bei bestehender Liegenschaftsbeschlagnahme von einem einheitlichen und einfachen Gesichtspunkte aus die Erbhofeigenschaft verneint und damit alle Fälle ausscheidet, in denen gegen die Erbhofwerdung Bedenken bestehen. Die wenigen harmlosen Fälle, die zu Unrecht miterfaßt werden, müssen in Kauf genommen werden. Sie beschäftigen übrigens die Anerbenbehörden wohl kaum. Bei Abstellung auf die Bauernfähigkeit werden nur die krassesten Fälle erfaßt. Wenn jemand z. B. einen völlig zusammengebrochenen Gewerbebetrieb aufgibt und sich nunmehr ganz auf die Landwirtschaft legt, so wird man ihm deswegen die Bauernfähigkeit bestimmt nicht absprechen, gerade dann nicht, wenn das Gewerbe völlig zusammengebrochen war, also nichts mehr zu holen ist. Dieser Fall wird übrigens regelmäßig gegeben sein. Der Drang nach der Erbhofeigenschaft entsteht, wie die Praxis zeigt, nie ohne triftigen Grund. Im übrigen hält es sehr schwer, die wahren Beweggründe im einzelnen Falle

festzustellen. Schließlich führt der Weg über die Bauernfähigkeit überall da nicht zum Ziel, wo eine nicht verantwortliche Person, z. B. ein Minderjähriger, als Erwerber auftritt.

Die Schwierigkeiten, die sich aus der Behandlung der Beschlagnahme beim Inkrafttreten des RErbhofG. ergeben, können behoben werden. Damals galt es, zunächst einmal möglichst alle erbhoffähigen Besitzungen zu erfassen. Heute geht es darum, ob das Erbhofrecht wegen einer verhältnismäßigen kleinen Anzahl notleidender Besitzungen und zweifelhafter Besitzer in Verruf gebracht werden soll oder ob man den Begriff des Alleineigentums von den rein sachenrechtlichen Vorstellungen des BGB. lösen und ihn so bestimmen will, daß er die rechtliche Grundlage für die verantwortliche Stellung des Bauern bilden kann, wozu das seiner wesentlichen Kraft beraubte Eigentum eines Vollstreckungsschuldners oder eines nach § 23 ZwVerstG. eingetretenen Erwerbers — wohl nach allgemeiner Auffassung — nicht in der Lage ist.

ErbhGR. Dr. Rötelmann, Celle.

*

Karlsruhe

39. §§ 2, 6 RErbhofG. Der Eigentümer eines landwirtschaftlich genutzten Besitztums kann nicht darauf verwiesen werden, daß sein Besitz bei teilweiser Umstellung auf Gemüsebau (Spargelzucht) eine Familie unabhängig vom Markt ernähren kann und die sonstigen Voraussetzungen des § 2 RErbhofG. (Ackernahrung) erfüllt.

Die BeschwF. können nicht darauf verwiesen werden, daß auf den leichten Sandböden Spargeln angepflanzt werden könnten. Dies ist nach dem Gutachten des Landesökonomierats kaum der Fall, abgesehen davon, daß den BeschwF. hierfür keine Arbeitskräfte zur Verfügung stehen. Vor allen Dingen aber können durch Gemüsebau genutzte Flächen nur insoweit Berücksichtigung finden, als sie auch bei Umstellung auf eine andere Art landwirtschaftlicher Nutzung den für eine Ackernahrung erforderlichen Ertrag abwerfen (§ 6 Abs. 3 RErbhofG.). Es ist daher umgekehrt auch die Erwägung, daß bei gemüsebaulicher Nutzung (Spargelanbau) eine Ackernahrung gegeben sei, unzulässig. Es ist also nur davon auszugehen, wie diese Grundstücke bei gewöhnlicher landwirtschaftlicher Nutzung zu bewerten sind.

(ErbhGer. b. OLG. Karlsruhe, Beschl. v. 20. Mai 1935, We 24/35.) [S.]

Oberlandesgerichte: Zivilsachen

Berlin

40. § 538 BGB. Bei Umbau von Großwohnungen in Kleinwohnungen und Ausbesserung der Fassade haftet der Vermieter nicht für eine kurze, vorübergehende Störung des Mieters, wohl aber für länger dauernde Störungen und Beschädigungen der Sachen des Mieters.

1. Im Vertrage ist bestimmt, daß der Vermieter bauliche Veränderungen, Instandsetzungsarbeiten und Ausbesserungen im und am Hause ausführen darf, daß aber dem Mieter, selbst wenn diese Arbeiten seinen Mietgebrauch vorübergehend beeinträchtigen sollten, kein Anspruch auf Entschädigung, Mietminderung oder vorzeitige Kündigung zusteht. Zu den genannten Instandsetzungsarbeiten und Ausbesserungen gehören die an der Außenwand des Hauses vorgenommenen Arbeiten, zu deren Ausführung ein Gerüst aufgerichtet worden ist. Insofern kann sich mithin der Bekl. grundsätzlich auf den Haftungsausschluß des § 4 des Vertrages berufen, es sei denn, daß den Bekl. der Vorwurf der Arglist trifft, oder daß ihm ein schuldhaftes Handeln in bezug auf die Errichtung des Gerüstes und die Ausführung der Arbeiten an der Fassade zur Last fällt. Beides ist jedoch nicht erwiesen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist insbes. nicht festzustellen, daß der Bekl. schon bei Abschluß des Mietvertrages mit den Kl. wußte, daß auch diese durch die Umbauarbeiten berührt werden würden. Ebensowenig hat die Beweisaufnahme ergeben, daß das Gerüst im Hinblick auf die Abputzarbeiten nicht ordnungsmäßig errichtet worden war. Aber auch abgesehen von alledem muß der Anspruch der Kl. auf Ersatz von Verdienstausfall daran scheitern, daß nicht schlüssig dargetan ist, daß wirklich ein solcher Schaden entstanden ist, vollends, wenn berücksichtigt wird, daß die eigentlichen Abputzarbeiten höchstens zwei Tage gedauert haben. Insoweit war nach alledem die Klage abzuweisen.

2. Der Anspruch der Kl. auf Ersatz von Aufwendungen für zeitweises anderweitiges Wohnen ist nach § 538 BGB. dem Grunde nach gerechtfertigt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, daß die Benutzung der Wohnung unmöglich war. Da es sich insoweit nicht um eine bloß vorübergehende Beeinträchtigung, sondern um eine völlige Entziehung des Gebrauchs der Mietsache handelt, kann sich der Bekl. nicht auf die Best. des § 4 des Vertrages berufen, die diesen Fall nicht deckt. Die Kl. trifft auch kein eigenes Verschulden an der Entstehung dieses Schadens; in Übereinstimmung mit dem LG. sieht der Senat als nicht erwiesen an, daß der Bekl. geeignete Ersatzräume den Kl. in gehöriger Weise angeboten hat; denn die Wohnung im 5. Stock kam als Ersatzwohnung für die Kl. nur bis zum 1. April 1934 in Betracht, da sie zum 1. April 1934 schon anderweitig vermietet war. Den Kl. war unter solchen Umständen der Einzug in diese Räume nicht zuzumuten.

Insoweit ist der Schadensersatzanspruch der Kl. dem Grunde nach gerechtfertigt.

3. Dem LG. ist auch darin beizutreten, daß der Anspruch der Kl. auf Ersatz des Schadens, der ihnen durch die Beschädigung und Verschmutzung ihrer Möbel entstanden ist, dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Daß die Möbel Beschädigungen aufgewiesen haben, kann nach der Beweisaufnahme nicht zweifelhaft sein. Mit Recht nimmt das LG. an, daß mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen ist, daß die Beschädigungen von den Bauarbeiten herrühren, daß hierbei also nicht die nötige Sorgfalt aufgewendet worden ist. Hat aber der Bekl. hinsichtlich der Durchführung der Arbeiten schuldhaft gehandelt, entfällt, wie schon die Ausführungen zu 1. ergeben, eine Berufung auf § 4 des Vertrages. Die Behauptung der Bekl., daß die Kl. die an den Möbeln angebrachten Schutzhüllen beseitigt hätten, ist ohne Beweis geblieben. Nicht erwiesen ist auch, daß der Bekl. den Kl. einen geeigneten Raum zum Unterstellen ihrer Möbel angeboten hat. Der vom Bekl. angebotene Nebenladen kann mit Rücksicht darauf, daß in ihm zu jener Zeit Baumaterialien untergebracht waren, nicht als ein zu diesem Zweck geeigneter Raum angesehen werden, zumal da es sich um neue Möbel handelte. Daß aber der Nebenladen in einem hierfür angemessenen Zustand zur Verfügung gestellt worden ist, ist vom Bekl. nicht dargetan. Bei dieser Sachlage ist also der Schadensersatzanspruch der Kl. auch insoweit dem Grunde nach gerechtfertigt.

(KG., 17. ZivSen., Urt. v. 28. Jan. 1935, 17 U 8489/34.)

Ber. von KGR. Dahmann, Berlin.

*

41. § 131a GenG. i. d. Fass. v. 20. Dez. 1933 (RGBl. I, 1089). Die nach § 131a GenG. in die Beitrittserklärung (§ 15 GenG.) aufzunehmende Bemerkung ist ihrem Inhalt nach genau entsprechend der Vorschrift des Gesetzes zu fassen.

Der Vorstand der X. eGmbH. hat dem Registergericht eine Reihe Beitrittserklärungen zwecks Eintragung der Beitretenden in die Genossenliste eingereicht. Diese Beitrittserklärungen enthalten folgende Bemerkung:

„Ich verpflichte mich, die in dem Statut der Genossenschaft bestimmten Einzahlungen auf den Geschäftsanteil zu machen und gegebenenfalls Nachschüsse bis zu der im Statut festgesetzten Haftsumme nach Maßgabe des Gesetzes zu leisten."

Der Rechtspfleger hat diese Beitrittserklärungen zurückgesandt, weil sie nicht dem § 131 a GenG. entsprächen. Das Registergericht hat die hiergegen eingelegte Erinnerung des Vorstands der Genossenschaft zurückgewiesen. Auch die Beschw. und die weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Durch Art. I Ziff. 16 des Ges. zur Änderung des GenG. v. 20. Dez. 1933 (RGBl. I, 1089) ist hinter § 131 GenG. § 131 a eingefügt worden. Nach dieser Best. müssen die Beitrittserklärungen des § 15 GenG. bei der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht

„die ausdrückliche Bemerkung enthalten, daß die einzelnen Genossen verpflichtet sind, die in dem Statut der Genossenschaft bestimmten Einzahlungen auf den Geschäftsanteil zu machen und der Genossenschaft die zur Befriedigung ihrer Gläubiger erforderlichen Nachschüsse bis zu der im Statut festgesetzten Haftsumme nach Maßgabe des Gesetzes zu leisten."

Das LG. führt aus, der Sinn und Zweck dieser Best., durch die der Gesetzgeber eine bestimmte Form der Beitrittserklärung vorgeschrieben habe, sei der, daß jeder, der einer Genossenschaft beitrete und sich verpflichte, zur Befriedigung der Gläubiger Nachschüsse zu leisten, über die Tragweite und Folgen der Ausfüllung einer Beitrittserklärung durch die Form der Verpflichtungserklärung aufgeklärt werden solle. Es sei daher nicht zulässig, die weittragende Bedeutung dieser Erklärung durch Verwendung von unklaren Ausdrücken abzuschwächen, die geeignet seien, in dem neueintretenden Genossen falsche Vorstellungen über seine Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen hervorzurufen. In den von der Genossenschaft eingereichten Beitrittserklärungen seien die Worte „die zur Befriedigung ihrer Gläubiger erforderlichen" durch den Ausdruck „gegebenenfalls" ersetzt worden. Durch diese Ände-

rung aber sei der neu eintretende Genosse im unklaren gelassen, in welchem Fall überhaupt und zu welchem Zweck er verpflichtet sei, Nachschüsse zu leisten.

Auch die Fassung des § 131a GenG. spreche dafür, daß der Inhalt der Beitrittserklärung nicht willkürlich durch unklare Ausdrücke abgeändert werden könne. Nach § 131a GenG. müsse die Beitrittserklärung die ausdrückliche Bemerkung enthalten, daß die Genossen verpflichtet seien, der Genossenschaft die zur Befriedigung ihrer Gläubiger erforderlichen Nachschüsse zu leisten. Zwar werde man aus dem Wort „ausdrücklich" nicht entnehmen können, daß der Gesetzgeber unbedingt die Aufnahme des Wortlauts des § 131a GenG. gewollt habe. Jedoch müsse verlangt werden, daß aus dem Inhalt der Beitrittserklärung die Verpflichtung des neueintretenden Genossen, der Genossenschaft die zur Befriedigung ihrer Gläubiger erforderlichen Nachschüsse zu leisten, also der Zweck der Nachschußpflicht, unzweifelhaft hervorgehe. Das sei aber in den von der Genossenschaft eingereichten Beitrittserklärungen bei dem unklaren Ausdruck „gegebenenfalls" nicht der Fall.

Diesen Ausführungen ist durchaus zuzustimmen. Wie die amtliche Erläuterung des Ges. v. 20. Dez. 1933 (DJ. 1935, 10) ergibt, bezweckt dies Gesetz einen verstärkten Rechtsschutz der Genossen, und zu den „Schutzbestimmungen" gehört eine Reihe von Vorschr., die die Gewähr dafür schaffen sollen, daß jeder Genosse die notwendige Aufklärung über seine „Rechtsstellung zu der Genossenschaft" erhält. Neben den Best., die den Verzicht auf die Benachrichtigung von mehreren wichtigen Eintragungen in der Liste der Genossen für unwirksam erklären, steht die hier maßgebliche Vorschr. des Gesetzes, nach der nunmehr auch bei der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht Beitrittserklärungen bestimmten Inhalts zu verwenden sind, was nach dem Ges. v. 1. Mai 1889 und 20. Mai 1898 — §§ 120, 127 — nur bei der eingetragenen Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschußpflicht erforderlich war. Wie die in § 120 und § 127 des Ges. v. 1. Mai 1889 und 20. Mai 1898 vorgesehenen Bemerkungen des Beitretenden zwingend vorgeschriebene Bestandteile der Beitrittserklärungen bildeten, ohne die der Erwerb der Mitgliedschaft nicht stattfinden konnte (vgl. z. B. Begr. II zu § 109 [RT-Drucks. 1888/9 Nr. 29]; RGZ. 97, 307 [309]; 137, 77 = JW. 1933, 112; Parisius-Crüger, GenG., § 120 Anm. 2; Rieß in Ehrenbergs Handbuch III 2 S. 91; Krakenberger, GenG., § 120 Anm. 1), so gilt Entsprechendes von der Bemerkung des § 131a GenG. Hier wie dort handelt es sich um Formvorschriften „zum Schutze gegen übereilte und unbedachte Beitrittserklärungen", und zwar um Vorschr., die wie das ganze GenG. und insbes. auch dessen Änderung v. 20. Dez. 1933 „gerade auf die Bedürfnisse der wirtschaftlich schwachen und vielfach auch geschäftsungewandten Bevölkerungskreise zugeschnitten" sind (vgl. RGZ. 137, 78 = JW. 1933, 112). Die Auslegung des § 131a GenG. muß daher im Hinblick auf die vom Gesetzgeber für schutzwürdig erachteten Bedürfnisse dieser Kreise erfolgen. Vergegenwärtigt man sich aber die in diesen Kreisen herrschenden Denkgewohnheiten, so wird deutlich, welche tiefgreifende Bedeutung es hat, daß in der Beitrittserklärung nicht nur in ganz unbestimmter, nichtssagender Weise von „gegebenenfalls" zu leistenden Nachschüssen gesprochen werden soll, sondern von Nachschüssen, die dann zu leisten sind, wenn dies zur Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger erforderlich ist. Jene unbestimmte Fassung sagt demjenigen, dem das Genossenschaftsrecht nicht vertraut ist, überhaupt nichts, so daß er leicht über die Klausel hinwegliest; anders ist es mit dem Hinweis auf dasjenige, was zur Befriedigung der Genossenschaftsgläubiger erforderlich ist; hier sieht auch der juristische Laie sofort, worauf es ankommt, und er erfaßt deutlich das wirtschaftliche Risiko, dem er sich durch einen Beitritt zu der Genossenschaft aussetzt. So hat der Gesetzgeber bei der Fassung des § 127 des Ges. v. 1. Mai 1889 und 20. Mai 1898 mit voller Absicht einen scharf umrissenen Hinweis auf die in Frage kommenden Nachschußfälle gewählt.

Hiernach kann die in Frage stehende Abweichung keinesfalls für unwesentlich erachtet werden; sie macht vielmehr unbedenklich die Beitrittserklärung nichtig.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 7. Mai 1935, 1 Wx 179/35.) [Sch.]

*

42. §§ 168, 170 Ziff. 1 FGG.; § 185 Abs. 1 BGB. Der Notar kann bei der Beurkundung eines Kauf- und Auflassungsvertrages gemäß § 170 Ziff. 1 FGG. auch dann nicht mitwirken, wenn das Grundstück, über das ein anderer in der Urkunde in eigenem Namen verfügt, seiner Verwaltung als Testamentsvollstrecker unterliegt und der Vertrag daher gemäß § 185 Abs. 1 BGB. erst durch seine Zustimmung wirksam wird.

Im Grundbuch ist als Eigentümer der Gutsbesitzer Otto F. eingetragen. Dieser ist verstorben und von dem Landwirt Paul F. beerbt worden. Der Notar R. ist zum Testamentsvollstrecker bestellt; das Grundstück unterliegt seiner Verwaltung. In einer von dem Notar R. beurkundeten Verhandlung v. 12. Sept. 1934 hat Paul F. eine Parzelle dieses Grundstücks an die Eheleute St. verkauft und aufgelassen. Der Notar R. hat dann in einer von dem Notar X. beglaubigten Urkunde v. 9. Okt. 1934 in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker des verstorbenen Otto F. erklärt, er genehmige den Kauf- und Auflassungsvertrag v. 12. Sept. 1934. In einer von dem gleichen Notar beglaubigten Erklärung vom gleichen Tage hat Paul F. die Annahme dieser Genehmigung ausgesprochen.

Den von dem Notar R. namens des Erwerbers St. gestellten Antrag auf Umschreibung hat das GBA. durch befristete Zwischenverfügung beanstandet. Es hat ausgeführt, die Beurkundung vom 12. Sept. 1934 verstoße gegen § 170 FGG. und sei daher nichtig. Paul F. habe als Vertreter für den Testamentsvollstrecker gehandelt, in dessen Auftrage und Gegenwart er die von diesem als Notar beurkundeten Erklärungen abgegeben habe. Es würde gegen den Sinn des Gesetzes verstoßen, wenn in solchen Fällen die Best. des § 185 BGB. über die Verfügungen eines Nichtberechtigten angewendet würden. § 185 BGB. könne zudem nicht dazu dienen, die Vorschr. des § 170 FGG. zu umgehen und dadurch bedeutungslos zu machen, zu welchem Ergebnisse die Anwendung des § 185 BGB. praktisch führen könnte. Die Vorsichtsmaßregel des § 170 FGG., der die aus Interessenkollision möglichen Gefahren vermeiden wolle, möge sicherlich in den weitaus meisten Einzelfällen unnötig sein, sie sei darum aber als Regel doch berechtigt und sinnvoll und ihre Umgehung ungesetzlich.

In der hiergegen gerichteten Beschw. hat der Notar R. darauf hingewiesen, daß Paul F. nicht als Vertreter des Testamentsvollstreckers, sondern in eigenem Namen gehandelt habe. Er selbst habe als Testamentsvollstrecker nicht verkaufen wollen, ehe die Pf.sche Hypothekenbank als Hypothekengläubigerin das Grundstück freigegeben habe, weil sonst die Gläubigerin die sofortige Rückzahlung des Darlehens hätte verlangen können.

Das LG. hat die Beschw. zurückgewiesen. Auch die weitere Beschw. hatte keinen Erfolg.

Das LG. hat ausgeführt, nach § 170 FGG. könne als Notar nicht mitwirken, wer selbst Beteiligter sei, sowie derjenige, für welchen ein Beteiligter als Vertreter handle. Der Verkäufer F. habe im vorl. Falle für den beteiligten Notar R. tatsächlich als Vertreter gehandelt, auch wenn er im Akt selbst als Selbstkontrahent erscheine. Welcher Art das Innenverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben F. sei, ergebe sich aus der Beschwerdeschrift, die erkennen lasse, daß F. im Einvernehmen mit dem Testamentsvollstrecker als Beauftragter gehandelt habe, weil der eigentlich Verfügungsberechtigte es mit Rücksicht auf die Pf.sche Hypothekenbank habe vermeiden wollen, als persönlich handelnd in Erscheinung zu treten. Tatsächlich habe aber F. im Einvernehmen und damit im Auftrage des Testamentsvollstreckers und damit praktisch gesehen als sein Vertreter gehandelt.

Den Ausführungen der Vorinstanzen ist im Ergebnis zuzustimmen. Im Rahmen des § 170 Nr. 1 FGG. kommt es allerdings auf die formelle und nicht auf die materielle Beteiligung an. Als „Beteiligter" ist nämlich nach § 168 Satz 2 FGG. nur derjenige anzusehen, dessen Erklärung beurkundet wird (vgl. auch Denkschrift S. 88; Schlegelberger, FGG. § 170 Anm. 2). Es ist daher nicht möglich, mit dem LG. den Notar R. als einen an der Beurkundung v. 12. Sept. 1934 Beteiligten zu bezeichnen. Es kann sich vielmehr nur fragen, ob der Landwirt Paul F. als „Vertreter" des Testamentsvollstreckers gehandelt hat. Diese Frage muß bejaht werden. Im Hinblick darauf, daß § 170 FGG. nach § 185 Abs. 1 FGG. gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft getreten ist, liegt allerdings die Annahme nahe, daß der Begriff des Vertreters i. S. des § 170 FGG. grundsätzlich in demselben Sinne zu verstehen ist wie der gleiche Begriff in den §§ 164 ff. BGB., d. h. i. S. einer unmittelbaren und nicht auch i. S. einer indirekten Stellvertretung (vgl. RGRKomm. z. BGB. Vorbem. 2 vor § 164 ff.). Es ist jedoch zunächst zu beachten, daß § 170 Ziff. 1 FGG. seiner Fassung nach weiter reicht, als § 6 Abs. 1 Ziff. 4 FGG. Es kommt nach § 170 Ziff. 1 FGG. nur darauf an, daß der Beteiligte „als Vertreter handelt"; es ist also nicht erforderlich, daß er gesetzlicher Vertreter oder zum Vertreter „bestellt" ist. Hieraus wird mit Recht gefolgert, daß auch der „Geschäftsführer ohne Auftrag" Vertreter i. S. des § 170 FGG. sein könne (vgl. Schlegelberger, FGG. 1935 § 170 Anm. 2 Abs. 4; Ebert-Dudek-Lindemann, FGG. § 170 Anm. 1b; Birkenbihl, FGG. § 170 Anm. 2a). Ist aber — wie hiernach angenommen werden muß — sogar der „Vertreter ohne Vertretungsmacht" (§§ 177 ff. BGB.) dem Bevollmächtigten gleichgestellt, so erscheint es in noch höherem Grade geboten, auch im vorl. Falle die Anwendbarkeit des § 170 FGG. zu bejahen. Denn die Rechtslage ist hier der im Bereiche des § 164 BGB. gegebenen Rechtslage in Wahrheit noch näher verwandt als die Rechtslage,

wie sie bei Erklärungen i. S. des § 177 BGB. gegeben ist, so daß eine verschiedene rechtliche Behandlung mit den das gegenwärtige Recht beherrschenden Anschauungen nicht verträglich erscheint. Nach der der eigenen Darstellung des BeschwF. entsprechenden Feststellung des LG. hat der Landwirt Paul F. im Einvernehmen mit dem beurkundenden Notar, der zugleich Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des Otto F. ist, hinsichtlich eines der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Grundstücks eine Auflassungserklärung abgegeben. Es ist zunächst unbedenklich, daß in derartigen Fällen die Anwendbarkeit des § 185 BGB. bejaht wird. Ebenso wie die Verfügung wirksam ist, die ein Nichtberechtigter mit Einwilligung des Berechtigten trifft, ist auch die Verfügung wirksam, die eine zur Verfügung nicht berechtigte Person mit Einwilligung des Verfügungsberechtigten trifft (vgl. bes. RGZ. 87, 432; 129, 284; 139, 118 = JW. 1933, 1303; KGJ. 53, 133; Planck, Sachenrecht, 5. Aufl., S. 134; RGRKomm. z. BGB., 8. Aufl., § 185 Anm 1; § 925 Anm. 7). Es tritt hier mit der Abgabe der Erklärung des Erben die gleiche — dingliche — Rechtswirkung ein wie bei der Abgabe einer Auflassungserklärung durch einen Bevollmächtigten des Verfügungsberechtigten oder durch den Verfügungsberechtigten selbst. Es bedarf nicht einmal einer der Beurkundung nachfolgenden Zustimmungserklärung wie im Falle des § 177 BGB. (und im Falle des § 185 Abs. 2 BGB.). Durch die Auflassungserklärung des Beteiligten Paul F. wird hiernach ohne den Hinzutritt eines weiteren Ereignisses in der Rechtssphäre des Testamentsvollstreckers, und zwar infolge der von diesem erklärten Einwilligung, der gleiche dingliche Rechtserfolg erzielt wie durch Erklärungen des Testamentsvollstreckers selbst. Hier wird also unmittelbar durch die beurkundete Erklärung die Rechtssphäre des Testamentsvollstreckers beeinflußt, während bei der Erklärung des „Vertreters ohne Vertretungsmacht" durch die beurkundete Erklärung als solche die Rechtssphäre des „Vertretenen" überhaupt nicht berührt wird, sondern erst durch die Genehmigung des Vertretenen selbst. Hiernach muß es für unmöglich erachtet werden, die nach § 185 Abs. 1 BGB. ohne weiteres wirksamen Erklärungen aus dem Anwendungsbereiche des § 170 FGG. auszuschließen, während die in ihrer Wirksamkeit von einer Genehmigung abhängigen Erklärungen des „Vertreters ohne Vertretungsmacht" nach richtiger Auffassung unter § 170 FGG. fallen. Hierzu sei im übrigen noch bemerkt, daß auch die Denkschrift (a. a. O.) nicht den Begriff des (unmittelbaren) Vertreters im strengen Sinne im Auge gehabt zu haben scheint; denn es heißt dort bei den Darlegungen über den Ausdruck „Beteiligter": „Die Partei, in deren Angelegenheiten oder in deren Namen die Erklärung abgegeben wird, ist hiernach nicht unter jenem Ausdrucke begriffen, vielmehr gilt, wenn jemand für die Abgabe einer Erklärung einen Vertreter bestellt, der letztere und nicht der Vertretene als Beteiligter." Nach diesem Satze erscheint es naheliegend, daß die Denkschrift sogar ganz allgemein denjenigen, in dessen „Angelegenheiten" eine Erklärung abgegeben wird, demjenigen gleichstellt, in dessen Namen eine Erklärung abgegeben wird.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 28. März 1935, 1 Wx 75/35.) [Sch.]

*

43. § 91 ZPO. Aufwendungen einer Versicherungsgesellschaft für eine Partei als erstattungsfähige Prozeßkosten.

Die Beschw. des Bekl., bei der es sich um die Erstattung außergerichtlicher Auslagen handelt, mußte überwiegend Erfolg haben. Das LG. hat diese Position mit der Begr. abgesetzt, es handele sich nicht um Auslagen der Partei selbst, sondern um solche der Versicherungsgesellschaft. Wenn ein an sich am Prozeß nicht beteiligter Dritter in seinem Interesse Aufwendungen mache, so könne er deren Erstattung nicht im Wege der Kostenfestsetzung von der anderen Prozeßpartei verlangen. Denn das Verhältnis der einen Prozeßpartei zu der Versicherungsgesellschaft sei unbeachtlich. Dieser Rechtsauffassung vermag der Senat sich nicht anzuschließen. Es ist zwar richtig und entspricht auch der sonstigen Stellungnahme des Sen., daß Auslagen, die von dritter Seite und nicht von den Prozeßparteien gemacht werden, regelmäßig keine in dem Prozesse zu berücksichtigenden Prozeßkosten i. S. des § 91 ZPO. darstellen, deren Erstattung von der unterliegenden Partei verlangt werden kann. Anders liegt es dann, wenn der Dritte nur an Stelle der Partei die Aufwendungen gemacht hat, z. B. sie der Partei vorgeschossen hat und die Partei zur Erstattung dieser Aufwendungen verpflichtet ist. Noch anders verhält es sich aber regelmäßig in den Fällen, in denen hinter der einen Prozeßpartei eine Versicherungsgesellschaft — meist wird es sich um eine Haftpflichtversicherung handeln — steht. In derartigen Fällen pflegen gemäß den AllgVersBed. besondere Abreden zwischen der Partei und der Versicherungsgesellschaft zu bestehen, kraft deren letztere den Prozeß für die Partei betreibt. So lautet auch § 16 Abs. 3 AllgVersBed. der hier in Frage kommenden Gesellschaft dahin:

„Kommt es zum Rechtsstreit über den Haftpflichtanspruch, so hat der Versicherungsnehmer die Führung des Rechtsstreits der Anstalt zu überlassen, dem von der Anstalt bestellten oder bezeichneten Anwalt Vollmacht und alle von diesem oder der Anstalt für nötig erachteten Aufklärungen zu geben. Gegen Zahlungsbefehle oder Verfügungen von Verwaltungsbehörden auf Schadensersatz hat er, ohne die Weisungen der Anstalt abzuwarten, fristgemäß Widerspruch zu erheben oder die erforderlichen Rechtsbehelfe zu ergreifen und die Anstalt unverzüglich zu benachrichtigen."

Ferner lautet Abs. 4 daselbst:

„Die Anstalt gilt als bevollmächtigt, alle zur Beilegung oder Abwehr des Anspruchs ihr zweckmäßig erscheinenden Erklärungen im Namen des Versicherungsnehmers abzugeben und ihn in einem Rechtsstreit zu vertreten."

Danach führt also auf Grund der dem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden AllgVersBed. die Versicherungsgesellschaft den Rechtsstreit zwar an Stelle, aber als Bevollmächtigte der Partei. Für die prozessuale Frage der Kostenerstattung kann es aber keinen Unterschied machen, ob die Partei selbst oder durch Bevollmächtigte im Prozeß handelnd auftritt und ob sie selbst oder ihr Bevollmächtigter Aufwendungen für die Zwecke des Prozesses macht.

Das Innenverhältnis zwischen der Partei und ihrem Bevollmächtigten spielt dabei insoweit keine Rolle, als es rechtlich unerheblich ist, ob die Partei die von ihrem Bevollmächtigten aufgewendeten Mittel dieser erstattet hat oder auch nur zu erstatten verpflichtet ist. Sofern deshalb die Aufwendungen zur Durchführung des Rechtsstreits notwendig sind, stellen sie sich in jedem Falle gleichermaßen als von der Partei aufgewendete Prozeßkosten dar und sind demgemäß auf Grund des § 91 ZPO., d. h. insoweit erstattungsfähig, als sie auch die Partei selbst vernünftigerweise zur Durchführung des Prozesses aus ihren eigenen Mitteln hätte aufwenden dürfen.

Betrachtet man unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt die hier zur Erstattung angemeldeten Beträge, so stellen sie sich durchweg als Prozeßkosten des Bekl. dar.

Dabei scheiden aber hier als nicht erstattungsfähig die dem Kl. vorgeschossenen Reisekosten zwecks Führung von Vergleichsverhandlungen und die Reisekosten des Angestellten der Versicherungsanstalt zu RA. B. zu gleichem Zwecke aus. Denn wenn auch die Kosten und Auslagen eines tatsächlich zur Beendigung des Rechtsstreits führenden Vergleichs sachgemäße Aufwendungen für die Zwecke des Prozesses darstellen, so kann von den Kosten ergebnislos gebliebener Vergleichsverhandlungen keineswegs dasselbe gesagt werden.

Bei den Gutachterkosten für Untersuchung und Begutachtung des Kl. durch die Charité im Laufe des Rechtsstreits ergibt sich die Zweckmäßigkeit dieser Aufwendungen aus der Tatsache, daß damit die Grundlagen für die Beurteilung durch den gerichtlichen Sachverständigen geschaffen worden sind, auf denen dann auch zum Teil das von ihm erstattete Gutachten sich aufbaut.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 13. April 1935, 20 W 1883/35.)

*

44. 1. §§ 104, 788 ZPO. Festsetzung der Zwangsvollstreckungskosten erfordert regelmäßig keine weiteren Voraussetzungen als den Nachweis der Entstehung der Kosten.

2. § 76 Abs. 2 Ziff. 3 RAGebO. Schreibgebühren außerhalb des Rahmens einer gebührenpflichtigen Tätigkeit. Außergewöhnlicher Umfang spielt keine Rolle.

3. §§ 23 Ziff. 18, 31 RAGebO. Der im Vollstreckungsverfahren tätige Anwalt erhält neben der Vollstreckungsgebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. dieselbe Gebühr nochmals, sofern er auch in einem anschließenden Vollstreckungsschutzverfahren tätig wird.

4. § 21 VollstrSchVO. v. 26. Mai 1933; §§ 91, 104 ZPO. Die im Vollstreckungsschutzverfahren entstehenden Kosten sind zugunsten der Partei, für welche Kostenentscheidung ergeht, erstattungsfähig und festzusetzen. †)

Soweit die Bekl. die Festsetzung der durch die Tätigkeit ihres Anwalts in der Zwangsvollstreckung entstandenen Kosten verlangen, steht grundsätzlich diesem Verlangen § 788 ZPO. nicht entgegen. Wenn auch die Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie notwendig waren, vom Schuldner zu erstatten und zugleich mit der Vollstreckung beizutreiben sind, so steht doch nicht im Wege, diese Kosten auch im Wege der Kostenfestsetzung gemäß § 104 ZPO. festsetzen zu lassen. Dies ist allgemeine Ansicht und entspricht auch der ständigen Rspr. des Senats. Irgendwelche besonderen Voraussetzungen, wie sie der Urkundsbeamte und LG. für die Zulässigkeit eines solchen Festsetzungsantrags erfordern, brauchen dazu nicht erfüllt zu sein. Es genügt regelmäßig vielmehr allein die Tatsache, daß die Kosten bisher nicht beigetrieben sind, und es kann nicht der Nachweis verlangt werden, daß zuvor

die Vollstreckung wegen der Kosten wenigstens versucht worden ist, noch ist ein besonderes Interesse an der förmlichen Kostenfestsetzung glaubhaft zu machen. Damit ist im Einzelfalle nicht ausgeschlossen, die beantragte Kostenfestsetzung zu versagen, wenn besondere Umstände dafür sprechen, daß ein Rechtsschutzinteresse an einer förmlichen Kostenfestsetzung nicht vorliegt. Davon kann hier aber nicht die Rede sein.

Der Inanspruchnahme des Kostenfestsetzungsverfahrens stehen somit an sich rechtliche Bedenken nicht entgegen.

II. Eine besondere Rolle spielen im vorl. Falle die Schreibgebühren, die für Schreibwerk verlangt werden, das in den einzelnen Vollstreckungsverfahren und den mit ihnen zum Teil verbundenen Vollstreckungsschutzverfahren geleistet worden ist. Die Bekl. begründen den Antrag auf Festsetzung dieser Schreibgebühren damit, daß das Vollstreckungsverfahren mit Rücksicht auf die anteilmäßige Haftung der einzelnen Kl. und die dadurch gegen jeden einzelnen durchzuführenden Vollstreckungen, an die sich teilweise auch noch umfangreiche Vollstreckungsschutzverfahren angeschlossen hätten, ein besonders umfangreiches Schreibwerk erfordert habe. Insoweit haben indes die Vorinst. mit Recht die Festsetzung abgelehnt, wenn auch in der Begr. dem LG. nicht durchweg beigetreten werden kann. Nach § 76 RAGebO. stehen Schreibgebühren dem RA. nur in drei besonders aufgeführten Fällen zu, von denen hier nur Ziff. 3 in Frage kommt: Gebühren für ein Schreibwerk, soweit es außerhalb des Rahmens einer gebührenpflichtigen Tätigkeit entsteht. Was unter solchem Schreibwerk zu verstehen ist, ist nun allerdings nicht ohne weiteres klar. Die richtige Auslegung kann nur gewonnen werden, wenn man davon ausgeht, daß grundsätzlich der Anspruch auf Schreibgebühren, d. h. auf Erstattung der durch das Schreibwerk des Anwalts entstehenden baren Auslagen durch die Gebühren mit abgegolten wird. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 76 RAGebO. in seiner heutigen Fassung. Die DRAGebO. v. 7. Juli 1879 i. d. Fass. v. 20. Mai 1898 kannte eine besondere Vergütung des Schreibwerks neben den Gebühren, indem es durch Verweisung auf § 80 GKG. feste Sätze für die dem Anwalt zustehenden Schreibgebühren aufstellte. Durch das RGes. v. 1. Juni 1909 wurde diese Vergütung der Schreibauslagen (und zugleich der Ersatz der Postgebühren) in der Weise geregelt, daß Pauschsätze eingeführt wurden, soweit Schreibwerk und Postsendung innerhalb des Rahmens einer gebührenpflichtigen Tätigkeit vorkamen. Neben diesen Pauschsätzen war dann ein Ersatz der Schreibgebühren in denselben Fällen vorgesehen, die in § 76 Abs. 2 der jetzt geltenden Gebührenordnung aufgeführt sind. Durch Ges. v. 18. Aug. 1923 hat dann § 76 seine heutige Fassung erhalten, in der auch das Pauschale zur Abgeltung des neben der gebührenpflichtigen Tätigkeit vorkommenden Schreibwerks fortgefallen ist und nur noch der Anspruch auf Erstattung der Post-, Telegraphen- und Fernsprechgebühren aufrecht erhalten worden ist, während für Schreibgebühren nur noch die drei bereits erwähnten Ausnahmetatbestände des § 76 Abs. 2 Ziff. 1—3 aus der früheren Regelung übernommen worden sind. Diese Entstehungsgeschichte läßt keinen Zweifel darüber, daß alles innerhalb des Rahmens einer gebührenpflichtigen Tätigkeit vorkommende Schreibwerk nach geltendem Recht dem Anwalt nicht mehr besonders zu vergüten ist. Wenn man von den hier nicht interessierenden Fällen des Abs. 2 Ziff. 1—2 absieht, so ergibt sich als Sinn und Zweck der Ausnahmebestimmung in Abs. 2 Ziff. 3 in Übereinstimmung mit der früheren Regelung, daß dem Anwalt dadurch nur dasjenige Schreibwerk vergütet werden soll, das nicht innerhalb des Rahmens einer gebührenpflichtigen Tätigkeit entsteht und deshalb auch nicht durch die für diese Tätigkeit vorgesehenen Gebühren abgegolten wird. § 76 Abs. 2 Ziff. 3 schafft daher einen besonderen Ausnahmetatbestand, der demgemäß auch nur in diesem engen Sinn ausgelegt werden darf.

Damit wird aber ohne weiteres jede Auslegung ausgeschlossen, die darauf hinausläuft, dem Anwalt den Anspruch auf Schreibgebühren je nach dem Umfang der an sich zu einer gebührenpflichtigen Tätigkeit gehörenden Schreibarbeit zuzugestehen, wie dies die BeschwF. wollen und wie dies in der Praxis mitunter geschieht. Es ist daher unrichtig, § 76 Abs. 2 Ziff. 3 dahin zu erläutern, daß das aus Anlaß einer gebührenpflichtigen Tätigkeit „regelmäßig vorkommende" Schreibwerk und nur dieses durch die Gebühren abgegolten werden solle, Schreibwerk dagegen, das den normalen Umfang des im allgemeinen mit einer derartigen gebührenpflichtigen Tätigkeit verbundenen Schreibwerks übersteigt, als außerhalb des Rahmens einer gebührenpflichtigen Tätigkeit liegend zu gelten habe und neben den Gebühren dem Anwalt zu vergüten sei. Daraus erhellt, daß § 76 Abs. 2 Ziff. 3 in der Tat nur einen außerordentlich seltenen Ausnahmetatbestand aufführt. Es fallen darunter zweifellos Schreiben an die Partei nach Beendigung des Prozesses auf neue Anfrage der Partei (so auch Baumbach, Anm. 5 zu § 76; Rittmann-Wenz, Anm. zu § 76), welchen Fall — allerdings als einzigen — auch bereits die Reichstagskommission genannt hat. Dagegen vermag der Senat nicht anzuerkennen, daß darunter auch Schreibwerk für die Gewährung von Ausstand an den Schuldner in denjenigen Fällen zu rechnen ist, in denen die Tätigkeit des Anwalts auf die zwangsweise Durchführung des Anspruchs gegen den Schuldner gerichtet ist. Denn die Durchführung einer Zwangsvollstreckung umfaßt von vornherein auch die Möglichkeit einer Aussetzung der Vollstreckung, einer völligen oder mindesten teilweisen Stundung an den Schuldner durch Gewährung von Ratenzahlungen und die damit auch den Vollstreckungsorganen gegenüber verbundene Tätigkeit (Sistierung der Vollstreckung). Diese Tätigkeit liegt innerhalb des Rahmens, der durch die Vollstreckungsgebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. abgegoltenen Tätigkeit des Anwalts. Schreibwerk, das durch derartige Ausstandsgewährung erwächst, liegt also ebenfalls innerhalb des Rahmens dieser gebührenpflichtigen Tätigkeit und wird gleichfalls durch die genannte Vollstreckungsgebühr abgegolten. Das gleiche gilt von der Korrespondenz des Vollstreckungsbevollmächtigten, sei es mit der eigenen Partei, sei es mit der Gegenpartei oder deren Bevollmächtigten, das sich auf die Durchführung der Vollstreckung und die damit verbundene Frage etwaiger Stundung bezieht. Mag auch im einzelnen Falle dadurch, daß es sich um eine Reihe von Schuldnern handelt, besonders viel Schreibwerk entstehen und mag auch das Einzelschicksal jedes dieser Schuldner besonders umfangreiche Verhandlungen über etwaige Stundungen, Sistierungen der Zwangsvollstreckung usw. bedingen, so handelt es sich gleichwohl stets um ein Tätigwerden des Anwalts innerhalb derselben gebührenpflichtigen Tätigkeit aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. und somit um dazugehöriges Schreibwerk. Insbes. ist nicht, wie die Beschw. meint, Raum für die Prüfung der Frage, ob im einzelnen Falle die dem Anwalt für seine Tätigkeit nach dem Gesetz erwachsende Gebühr als angemessene oder auch nur ausreichende Vergütung für seine Tätigkeit anzusehen ist, und ob gegebenenfalls durch Zubilligung von Schreibwerkvergütung ein gewisser Ausgleich zu schaffen ist. Ein derartiges Verfahren würde in offenem Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung stehen, und würde auf nichts anderes hinauslaufen, als aus Billigkeitserwägungen im einzelnen Falle die gesetzlichen Gebührensätze zu erhöhen. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß das unzulässig ist. Damit ist aber eindeutig klargestellt, daß der Umfang des entstehenden Schreibwerks, mag er auch im einzelnen Falle außergewöhnliche Formen annehmen, für sich allein unter keinen Umständen die Anwendung des § 76 Abs. 2 Ziff. 3 RAGebO. rechtfertigt.

III. Die Beschw. weist nun darauf hin, daß zum mindesten der Gesichtspunkt durchgreifen müsse, daß das Gesetz nicht schablonenhaft von vornherein alle Fälle übersehen könne und daß, als die Gebührenordnung erlassen worden sei, man an ein Vollstreckungsschutzverfahren mit seinen umfangreichen Erörterungen und Stellungnahmen nicht habe denken können, daß also wenigstens, soweit es sich um Schreibwerk handelt, das in den verschiedenen Vollstreckungsschutzverfahren erwachsen sei, der Anspruch auf Schreibgebühren gerechtfertigt erscheine. Auch diese Erwägung vermag indes zu einer Anerkennung von Schreibgebühren nicht zu führen. Denn entweder fällt auch die Tätigkeit des RA. im Vollstreckungsschutzverfahren unter die allgemeine Vollstreckungstätigkeit und wird daher von der Zwangsvollstreckungsgebühr des § 23 Ziff. 18 RAGebO. mit umfaßt. Dann gehört dazu auch das im Vollstreckungsschutzverfahren notwendig gewordene Schreibwerk, es liegt also auch insofern nicht außerhalb des Rahmens einer gebührenpflichtigen Tätigkeit. Oder aber es erwächst für die Tätigkeit des RA. im Vollstreckungsschutzverfahren neben der Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. nochmals eine besondere Vollstreckungsgebühr. Dann wird das entstehende Schreibwerk durch diese besondere Gebühr ebenfalls abgegolten. Immerhin bedarf in der Kostenfestsetzung die Frage, welche dieser beiden Möglichkeiten zutrifft, mit Rücksicht auf die berechtigten Gebühreninteressen des Anwalts der Klarstellung.

Die Frage, ob im Vollstreckungsschutzverfahren eine besondere Gebühr entstehen kann, ist umstritten. Der Senat schließt sich der Auffassung an, die zugunsten des Anwalts das Vollstreckungsschutzverfahren als besondere Instanz, als besonderes Verfahren ansieht, das auch neben der schon erwachsenen Zwangsvollstreckungsgebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. eine gleichartige Gebühr trotz § 31 RAGebO. nochmals erwachsen läßt. Hier für sind für den Senat folgende Erwägungen maßgebend: Nach § 31 RAGebO. bildet jede Vollstreckungsmaßnahme zusammen mit den durch dieselben vorbereiteten weiteren Vollstreckungshandlungen bis zu der durch die Maßnahme zu erlangenden Befriedigung des Gläubigers eine Instanz. Es ist auch allgemein an-

erkannt und gebührenrechtlich durchaus nicht zu beanstanden, Einwendungen des Schuldners aus § 766 ZPO. der vom Gläubiger eingeleiteten Vollstreckungsmaßnahme zuzurechnen und demgemäß das Verfahren über die Einwendungen des Schuldners als zur Vollstreckungsinstanz gehörig anzusehen, so daß für die Tätigkeit des Anwalts des Gläubigers in diesem Verfahren eine weitere Gebühr neben der Vollstreckungsgebühr aus § 23 Ziff. 18 nicht erwächst (zu vgl. Baumbach, Reichskostengef. 1933, Bem. zu § 30 RAGebO.). Wenn man nun aber auch das auf Grund einer Vollstreckungshandlung vom Schuldner eingeleitete Vollstreckungsschutzverfahren gem. Ges. v. 26. Mai 1933 als Erweiterung des Pfändungsschutzes ansieht und deshalb prozessual wie eine Erinnerung nach § 766 ZPO. behandelt, so folgt daraus für die gebührenrechtliche Behandlung gleichwohl durchaus nicht ohne weiteres die Unterstellung unter § 31 RAGebO. Denn der grundlegende rechtliche Unterschied zwischen Einwendungen gegen die Ordnungsmäßigkeit der Pfändung aus § 766 ZPO. und dem Antrag auf Gewährung von Vollstreckungsschutz liegt darin, daß ersterenfalls die vom Gläubiger begonnene Maßnahme als unzulässig beseitigt werden soll, er also, wenn er die Vollstreckung gleichwohl zu Ende führen will, zunächst diesen Unzulässigkeitseinwand ausräumen lassen muß. So rechtfertigt sich also dieses Verfahren, obwohl es vom Schuldner beschritten worden ist, gebührenrechtlich dem im Gange befindlichen Vollstreckungsverfahren zuzurechnen und mit diesem als eine Instanz i. S. des § 31 RAGebO. zu behandeln. Beim Vollstreckungsschutzverfahren dagegen nimmt der Schuldner gegenüber einem völlig gesetzmäßigen Verfahren, dessen Durchführung er an sich nicht hindern könnte, eine besondere gesetzliche Vergünstigung in Anspruch. Das Vollstreckungsschutzverfahren hängt also zwar insofern mit dem Vollstreckungsverfahren zusammen, als es sich ebenfalls gegen eine Vollstreckungsmaßnahme richtet, hat jedoch keine mit der Durchführung der begonnenen einzelnen Maßregel innerlich verbundene Maßnahme zum Gegenstand. Vielmehr handelt es sich hierbei in Wahrheit um ein in sich geschlossenes selbständiges Verfahren, in welchem nicht die Gesetzmäßigkeit der Vollstreckungsmaßregeln zur Erörterung steht, sondern über die Frage entschieden wird, ob einer der gesetzlich vorgesehenen Vergünstigungen dem Schuldner zugebilligt werden kann. § 31 RAGebO. faßt aber nur eine Vollstreckungsmaßnahme mit den durch sie vorbereiteten weiteren Vollstreckungshandlungen zu einer gebührenrechtlichen Zwangsvollstreckungsinstanz zusammen, kann also schon begrifflich das Vollstreckungsschutzverfahren nicht mit umfassen.

Diesen entscheidenden Gesichtspunkt übersieht die Entsch. des AG. Berlin v. 31. Mai 1934: JW. 1934, 2504[1], das mit Rücksicht auf § 31 RAGebO. dem RA. des Gläubigers für die Tätigkeit im Vollstreckungsschutzverfahren keine besondere Gebühr zubilligt.

Es kommt aber noch folgende Erwägung hinzu: Bei der Frage der Anwendung bestehender Gebührenvorschriften auf vom Gesetz neu geschaffene Verfahren bedarf es gewisser Vorsicht in der Unterstellung der in diesem Verfahren auszuübenden Tätigkeit unter Gebühren, die nach den vorher schon geltenden Kostengesetzen diese neue Tätigkeit mindestens nicht ohne weiteres abgelten können und sollen. Sind vielmehr neue Verfahren gesetzlich geschaffen worden, die eine Mehrarbeit des Anwalts bedingen, so spricht zunächst mehr dafür, daß diese Mehrarbeit besonders zu honorieren und gebührenrechtlich besonders zu behandeln ist. Zu dieser rechtlichen Erwägung tritt dann aber auch noch eine Billigkeitserwägung, die gerade für die Fälle des Vollstreckungsschutzverfahrens nicht außer Betracht bleiben kann und etwaige Zweifel unbedingt zugunsten des Anwalts entscheiden lassen muß. Welche Bedeutung dem Vollstreckungsschutzverfahren zukommt, hat das LG. Berlin in seiner grundlegenden Entsch. v. 20. Juli 1933: JW. 1933, 1965 eingehend dargelegt. Es betont mit Recht, daß der für den Schuldner äußerst wichtige, häufig sogar die Erhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz bedingende Vollstreckungsschutz auf der anderen Seite für den Gläubiger eine einschneidende Beschränkung seiner Rechte bedeutet und daß die Tragweite der zu treffenden Entsch. eine weitgehende Anhörung gerade des Gläubigers gebietet, nicht nur zu den Behauptungen des Schuldners und nicht nur einmal, sondern unter Umständen wiederholt und auch zu dem Ergebnis der anzustellenden Ermittlungen, wobei sogar Aufklärungstermine unter Zuziehung jeder Partei häufig zweckmäßig sein werden. Es erscheint dem Senat schlechthin unzumutbar, auch diese neue, den Umfang und die Verantwortlichkeit der eigentlichen Zwangsvollstreckung weit übersteigende Tätigkeit des Anwalts des vollstreckenden Gläubigers durch die bereits verdiente Vollstreckungsgebühr des § 23 Ziff. 18 RAGebO. abzugelten und damit in Wahrheit unentgeltliche Tätigkeit zu verlangen. Diese Zumutung erscheint auch mit dem Grundsatz des nationalsozialistischen Staates, einer jeden Arbeit den angemessenen Lohn zu gewähren, nicht vereinbar.

So gelangt der Senat unter eingehender Würdigung aller rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte zu dem auch von Gaedeke: JW. 1934, 2504 Anm. zu Ziff. 1 bereits vertretenen Standpunkt, daß für den Anwalt des Gläubigers, der durch Vertretung im Vollstreckungsverfahren die Gebühr des § 23 Ziff. 18 RAGebO. bereits verdient hat, für die weitere Vertretung in einem durch dieses Vollstreckungsverfahren ausgelösten Vollstreckungsschutzverfahren nochmals eine gleiche Gebühr entsteht. Dabei ist es unerheblich, ob man auf diese Tätigkeit den § 23 Ziff. 18 RAGebO. unmittelbar oder entsprechend unter Heranziehung des § 89 RAGebO. anwendet.

IV. Was die Erstattungsfähigkeit dieser besonders erwachsenden Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. anlangt, so können keine Zweifel darüber obwalten, daß eine solche zu bejahen ist, sofern in dem Vollstreckungsschutzverfahren eine Kostenentsch. zugunsten des Gläubigers ergeht. Daß eine solche Entsch. prozessual nicht nur zulässig, sondern sogar geboten ist, ergibt sich aus der Struktur der ZPO. allgemein wie auch aus der Natur des Vollstreckungsschutzverfahrens als eines einen selbständigen Rechtsmittelzug eröffnenden Verfahrens, das folglich in der abschließenden Entsch. auch über die prozessuale Kostentragungspflicht befinden muß (so auch Gaedeke: JW. 1935, 1050; Baumbach, 6 zu § 91 ZPO.; Schulze-Seiffert, Anm. 63 zu § 18). Der in der Rspr. mitunter, insbes. vom LG. Berlin: JW. 1935, 1050 vertretene Standpunkt, daß eine Erstattungsfähigkeit im Vollstreckungsschutzverfahren zu verneinen sei, entbehrt der gesetzlichen Grundlage. Diese Auffassung stützt sich allein auf die Tatsache, daß gem. § 21 Abs. 2 Ges. v. 26. Mai 1933 für die Fälle des Vollstreckungsschutzverfahrens betreffend das unbewegliche Vermögen eine Erstattung der durch das Verfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten ausgeschlossen ist. Diese Vorschr. bezieht sich indes, wie der Zusammenhang ergibt, und worauf in der oben schon angeführten Besprechung von Gaedeke zutreffend hingewiesen ist, nur auf die Fälle der Einstellung der Zwangsversteigerung in das unbewegliche Vermögen, nämlich auf die in Abs. 1 des § 21 der VO. ausdrücklich aufgeführten Fälle (so auch Jonas-Pohle, Anm. 2 zu § 21; Schulze-Seiffert, Anm. 63 zu § 18). Eine Ausdehnung dieser Ausnahmevorschrift auf die Fälle der Mobiliarvollstreckung ist nicht erfolgt. Das LG. Berlin entnimmt die Berechtigung zu einer solchen ausdehnenden Auslegung auch nur aus dem Umstand, daß nach der Ausdehnung der ursprünglichen nur auf Grundstücke sich beschränkenden VO. auf die Vollstreckung allgemein kein innerer Grund mehr vorliege, beide Kategorien in der Frage der Kostenerstattung verschieden zu behandeln. Dieses Verfahren des LG. bedeutet aber in Wahrheit eine Korrektur des Gesetzgebers, der bewußt die Ausnahmevorschrift nur auf die Fälle der Einstellung der Zwangsversteigerung beschränkt und auch später beschränkt gelassen hat. Das ergibt eine Nachprüfung der Entwicklungsgeschichte. Teil 3 § 21 der 4. NotVO. v. 8. Dez. 1931, die Erweiterung des Abs. 1 des § 21 durch Art. 1 Nr. 12 Teil 2 NotVO. v. 14. Juni 1932 und schließlich dann die Neufassung des § 21 durch Art. 1 Ziff. 5 Ges. v. 26. Mai 1933 über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung beweisen, daß man schrittweise zu der jetzigen Fassung des § 21 gelangt ist und keinen Anlaß gesehen hat, die in Abs. 1 daselbst vorgenommene Beschränkung auf Fälle der Zwangsversteigerung in Wegfall zu bringen und diese Ausnahmebestimmung etwa allgemein auf das Vollstreckungsschutzverfahren auch bei beweglichem Vermögen auszudehnen. Es ist auch kein innerer Grund dafür ersichtlich, weshalb die in das Schutzverfahren verwickelte Partei, z. B. der Gläubiger, der ordnungsmäßig vollstreckt hat und nunmehr auch noch im besonderen Verfahren für die Wirksamkeit seiner Maßnahme kämpfen muß, die dadurch ihm erwachsenden Mehrkosten auch dann tragen soll, wenn er in diesem Kampf siegt, der Schuldner also zu Unrecht sich die Wohltat des Vollstreckungsschutzes hat verschaffen wollen, und umgekehrt ist nicht erkennbar, weshalb dem Schuldner, der durch einen Anwalt mit Erfolg den Vollstreckungsschutz für sich erkämpft hat, die dadurch entstandenen Kosten vom Gläubiger, der insoweit also unterliegt, nicht erstattet werden sollen.

Nach diesen Darlegungen können also die BeschwF. wegen der im Vollstreckungsschutzverfahren entstandenen Schreibauslagen keine Erstattung auf Grund des § 76 Ziff. 3 RAGebO. verlangen, weil ihrem Anwalt dadurch eine besondere Gebühr aus § 23 Ziff. 18 erwachsen ist. Der Umstand, daß eine solche bisher nicht zur Kostenfestsetzung angemeldet worden ist, ändert an diesem Ergebnis nichts. Im übrigen steht dem Bekl. frei, diese besondere Gebühr nunmehr bei der erneuten Kostenfestsetzung geltend zu machen.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 22. Juni 1935, 20 W 2665/35.)

Anmerkung: In vorstehender Entsch. des KG. ist von ganz besonderer Bedeutung für die Anwaltschaft die Anerkennung einer besonderen Zwangsvollstreckungsgebühr für das Vollstreckungsschutzverfahren neben der ohnehin schon verdienten Gebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. Dieser Standpunkt ist ja in der JW. schon vordem vertreten worden, eine Entsch. in diesem Sinne ist aber bisher nicht bekannt geworden. Um so erfreulicher und bedeutsamer ist es daher, daß nunmehr gerade der Kostensenat des KG. mit der seinem Standpunkt unzweifelhaft zukommenden Autorität sich für die Zuerkennung einer besonderen Vollstreckungsgebühr neben der sonst bereits erwachsenen Gebühr einsetzt und damit hohes Verständnis für die berechtigten Belange der Anwaltschaft zeigt. Ganz besonders verdient hervorgehoben zu werden, daß der Kostensenat nicht, wie er nach Lage der Sache sehr wohl gekonnt hätte, dieser hochgrundsätzlichen Frage ausgewichen und sie dahingestellt gelassen hat, sondern das Problem in der Erkenntnis, damit der Rechtspflege im allgemeinen und den wohlverstandenen Interessen der Anwaltschaft zu dienen, das Problem angepackt und in dem allein der Billigkeit entsprechenden Sinne gelöst hat.

Es wäre nur zu wünschen, daß diese Methode, schon längst der Lösung harrende Fragen bei sich bietender Gelegenheit der grundsätzlichen Entsch. zuzuführen, statt die Frage immer und immer wieder offen zu lassen, in weitestem Umfang Schule machte.

Ebenso erfreulich ist, daß das KG. zugleich auch die Frage der Erstattungsfähigkeit von Kosten im Vollstreckungsschutzverfahren betr. bewegliches Vermögen entschieden, und zwar in dem allein zu billigenden Sinne entschieden hat.

Man kann nur die Hoffnung aussprechen, daß der Standpunkt des Kostensenats in weitestem Umfange bei den in erster Linie darüber entscheidenden AG. und LG. Beachtung finden möge.

D. S.

*

45. § 811 Nr. 13 ZPO. Ein Grabdenkmal gehört nicht zu den „zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmten Gegenständen". Er wird jedoch in der Regel aus allgemeinen Pietätsgründen nicht pfändbar sein; solche Gründe entfallen, wenn es sich um die Pfändung des Steinmetzen wegen seiner Werklohnforderung in den nicht oder zum großen Teil nicht voll bezahlten Grabstein handelt.

Der Schuldner hatte bei der Gläubigerin die Herstellung eines Grabsteines für das Grab seines Schwiegervaters bestellt. Die Gläubigerin hat den Stein geliefert und auf dem Friedhof aufgestellt. Auf den vereinbarten Kaufpreis von 440 *RM* hat der Schuldner nur 40 *RM* gezahlt; die Gläubigerin hat wegen des Restes von 400 *RM* ein Urt. gegen den Schuldner erstritten und aus diesem Urt. den Grabstein pfänden lassen, nachdem sich die Friedhofsverwaltung mit der Herausgabe des Steins einverstanden erklärt hatte.

Auf die Erinnerung des Schuldners hat das AG. die Pfändung mit der Begr. für unzulässig erklärt, daß ein am Grab aufgestellter Grabstein mit Aufschrift nach § 811 Nr. 13 ZPO. unpfändbar sei.

Das LG. hat auf die Beschw. der Gläubigerin den amtsgerichtlichen Beschl. aufgehoben und die Erinnerung des Schuldners zurückgewiesen.

Die weitere Beschw. des Schuldners ist aus den folgenden Gründen zurückgewiesen worden:

Der von Stein-Jonas und Baumbach in ihren Kommentaren vertretenen Ansicht, daß ein Grabstein unter die Best. des § 811 Nr. 13 ZPO. falle, ist nicht beizutreten. Bei ungezwungener Auslegung wird man unter „zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmten Gegenständen" nur solche Sachen verstehen können, die — wie Sarg oder Leichenhemd — bestimmt sind, bei der Bestattungshandlung verwandt zu werden. Nach dem üblichen Sprachgebrauch versteht man unter „Bestattung" — ebenso wie unter „Beerdigung" — nur die Handlung des Bestattens bzw. des Beerdigens, nicht aber — wie das AG. meint — den Zustand des Bestattetseins. Es widerspricht dem Sprachgebrauch, eine Bestattung deswegen noch nicht als beendet anzusehen, weil der Grabstein noch nicht aufgestellt sei. Bei dem Begriff der Beerdigungskosten (vgl. § 844 und § 1968 BGB.) ist freilich die Rspr. in den letzten Jahren dazu übergegangen, ihn dahin auszulegen, daß auch die Kosten für einen Grabstein darunter fallen. Insoweit liegt aber eine erweiternde Auslegung vor, die ihren Grund in der Besonderheit der in Betracht kommenden Vorschriften hat: es fehlt an einem inneren Grunde dafür, daß der Erbe, auf den das Vermögen des Verstorbenen übergeht, und ebenso derjenige, der den Tod einer Person durch eine unerlaubte Handlung verursacht hat, nicht auch die üblicherweise entstehenden Kosten für den Grabstein tragen solle.

Bei § 811 Nr. 13 ZPO. dagegen handelt es sich um die Abgrenzung der berechtigten Interessen eines Gläubigers, und hier erscheint es keineswegs innerlich unbegründet, zwischen den Sachen, die für die Bestattungshandlung notwendig sind, und einem Grabdenkmal zu unterscheiden. Es fehlt an einem Grund für eine erweiternde Auslegung. Hierfür spricht auch, daß das Gesetz nur die zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmten Gegenstände der Pfändung entzogen hat, was darauf hindeutet, daß es einer erweiternden Auslegung hat Schranken setzen wollen.

Eine erweiternde Auslegung kann nicht etwa darauf gestützt werden, daß hinsichtlich eines Grabsteins dieselben Gründe, nämlich Gründe der Pietät, vorlägen wie bei den Sachen, die zur unmittelbaren Verwendung bei der Bestattung bestimmt seien. Solche Gründe liegen keineswegs immer vor, wenn § 811 Nr. 13 anzuwenden ist: Wenn sich jemand — wie dies dann und wann vorkommt — für seine eigene Bestattung schon zu Lebzeiten einen Sarg kauft oder sein Leichenhemd fertigt, so entfallen Pietätsgründe; gleichwohl wird § 811 Nr. 13 anzuwenden sein; dem Gesetzgeber ist es darauf angekommen, eine Störung der Bestattungshandlung zu verhindern.

Für die Anwendung des § 811 Nr. 13 ZPO. ist somit kein Raum; gleichwohl wird im allgemeinen die Pfändung eines bereits aufgestellten Grabsteins deswegen für unzulässig zu halten sein, weil sie in der Regel eine Verletzung des besonderen Pietätsgefühls des Schuldners oder auch des allgemeinen Pietätsgefühls darstellen wird. Dieses Pietätsgefühl ist zu schützen, ohne daß es einer besonderen Vorschrift im Gesetz bedarf.

Es stellt aber keinen Akt der Pietät dar, einem Verstorbenen ein Grabdenkmal aufzustellen und es dann nicht oder aber nur zu einem geringen Teil zu bezahlen und den Handwerker um die Früchte seiner Tätigkeit zu bringen; ein solches Verhalten verstößt im Gegenteil gegen die Pietät; der Schutz eines solchen Schuldners kommt nicht in Betracht. In einem solchen Fall verstößt auch die Pfändung und Abholung des Grabsteins nicht gegen das allgemeine Pietätsgefühl.

Diese Ansicht des Sen. ist ihm auf Anfragen bei verschiedenen Stellen bestätigt worden, insbes. haben sich der Gemeindekirchenrat von Friedrichswerder und der geschäftsführende Ausschuß der Berliner Stadtsynode in demselben Sinne ausgesprochen.

Eine Störung der Friedhofsruhe durch die Pfändung und Abholung des Grabsteins ist nicht zu befürchten; es kommt häufig vor, daß Grabsteine von Friedhöfen entfernt werden, sei es, um eine neue Aufschrift auf den Stein zu setzen, sei es, daß die Frist für die Benutzung der Grabstelle abgelaufen ist. Die Abholung eines Grabdenkmals stellt also keinen außergewöhnlichen Vorgang dar; auch insoweit hat sich der geschäftsführende Ausschuß der Berliner Stadtsynode dahin geäußert, daß die Abholung eines Denkmals im Vollstreckungswege in den Kirchhofsbetrieb im allgemeinen ebensowenig eingreifen werde wie die zur Aufstellung eines Steins erforderlichen Arbeiten.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 5. Febr. 1935, 8 W 7567/34.)

*

46. Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. Dez. 1934. Die Anwendung des Gesetzes vom 13. Dez. 1934 kann nie lediglich darauf gestützt werden, daß die Verurteilung des Schuldners zu Unrecht erfolgt ist.

Wegen eines von ihm der Schuldnerin und ihrem Ehemann als Gesamtschuldnern gegebenen Darlehens erwirkte der Gläubiger gegen beide einen Zahlungsbefehl, der für vollstreckbar erklärt wurde. Beide Eheleute haben gegen den Vollstreckungsbefehl Einspruch eingelegt; der Einspruch der Schuldnerin ist aber verspätet eingelegt worden und mußte daher verworfen werden. Auf den Einspruch des Ehemannes dagegen kam es zu einer Beweisaufnahme, auf Grund deren das AG. und in der BerInst. das LG. zu der Überzeugung kamen, daß das den beiden Eheleuten gegebene Darlehen getilgt sei.

Auf Grund des gegen die Ehefrau rechtskräftig gewordenen Vollstreckungsbefehls hat der Gläubiger die Schuldnerin zur Ableistung des Offenbarungseides geladen; die Schuldnerin hat ihre Verpflichtung hierzu unter Berufung auf das Ges. v. 13. Dez. 1934 mit der Begründung bestritten, daß das Vorgehen des Gläubigers angesichts des für ihren Ehemann ergangenen Urteils eine Ausnutzung der formellen Rechtskraft des Vollstreckungsbefehls darstelle, und daß unter diesen Umständen die Vollstreckung als eine dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechende Härte erscheine.

Das AG. hat sich dieser Ausführung angeschlossen und den Antrag des Gläubigers auf Abnahme des Offenbarungseides zurückgewiesen und dem Gläubiger untersagt, die Vollstreckung aus dem vollstreckbaren Zahlungsbefehl zu betreiben.

Das LG. hat den Beschluß des AG. aufgehoben und den Widerspruch der Schuldnerin gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides zurückgewiesen.

Die weitere Beschw. der Schuldnerin ist nicht begründet.

Die Anwendung des Ges. zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten kann nie lediglich darauf gestützt werden, daß die Verurteilung des Schuldners zu Unrecht erfolgt

sei. Glaubt ein Schuldner sich zu Unrecht verurteilt, so muß er gegen das Urteil — und dasselbe gilt selbstverständlich auch für den Vollstreckungsbefehl — die zulässigen Rechtsmittel einlegen; unterläßt er dies oder sind die Rechtsmittel erschöpft, so kann er die Wirkung der materiellen Rechtskraft nicht dadurch beseitigen, daß er im Vollstreckungsverfahren lediglich das Nichtbestehen des Anspruchs geltend macht. Dies würde praktisch darauf hinauslaufen, daß dem Schuldner im Vollstreckungsverfahren eine neue Instanz eröffnet würde. Dies ist unzulässig. Unerheblich ist, ob der Vollstreckungstitel nach mündlicher Verhandlung und sachlicher Erörterung ergangen ist oder aber ob es sich um ein Versäumnisurteil oder einen Vollstreckungsbefehl handelt. Unerheblich ist weiter, daß in einem Verfahren gegen einen Gesamtschuldner festgestellt worden ist, daß der gegen den Schuldner rechtskräftig festgestellte Anspruch in Wahrheit nicht oder nicht mehr besteht; denn hieraus kann allenfalls entnommen werden, daß der Titel gegen den Schuldner zu Unrecht ergangen ist. Dies kann ein Schuldner aber nach dem oben Ausgeführten gerade nicht geltend machen.

Die Schuldnerin beruft sich zu Unrecht auf die Ausführungen von Volkmar: D. J. 1934, 1622. Volkmar betont hier im Gegenteil, daß nur unter ganz außerordentlichen Umständen ein Schuldner mit der Behauptung durchdringen könne, er sei zu Unrecht verurteilt, und er führt als Beispiel den Fall an, daß einmal der Gläubiger das Urteil erschlichen habe und ferner außer jedem Zweifel sei, daß die Forderung in Wahrheit nicht bestehe. Keine dieser Voraussetzungen ist hier gegeben.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 16. April 1935, 8 W 2257/35.)
Ber. von KGR. Scheffler, Berlin.

*

47. § 23 Ziff. 3 RAGebO. Tätigkeit des Anwalts im Verfahren betr. die Festsetzung der vom Gegner zu erstattenden Kosten. Empfangnahme und Weiterleitung des vom Gegner erwirkten Festsetzungsbeschlusses, sowie dessen Prüfung begründen noch keinen Gebührenanspruch.

Die Beschw. richtet sich gegen die Absetzung der von RA. F. als Armenanwalt des im Rechtsstreit unterlegenen Bekl. für die Vertretung des Bekl. im Kostenfestsetzungsverfahren in Ansatz gebrachten beiden Gebühren. Die Beschw. ist nicht begründet. Nach § 23 Ziff. 3 RAGebO. erhält der RA. eine Gebühr für die Tätigkeit, welche die Festsetzung der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten betrifft. Daß trotz dieser Fassung des Gesetzes nicht nur für den Anwalt des obsiegenden, sondern auch den Anwalt der Gegenpartei die Gebühr erwachsen kann, sofern er im Kostenfestsetzungsverfahren tätig wird, was sich besonders bei der Kostenausgleichung nach § 106 ZPO. zeigt, ist auch nach Auffassung des Sen. anzunehmen. Denn diese Formulierung umschreibt nur die Art des Verfahrens, an dem der Anwalt beteiligt sein muß (so auch Baumbach, Anm. 4 zu § 23 RAGebO.), soll aber nicht den Kreis der als gebührenberechtigt in Betracht kommenden Tätigkeiten abgrenzen. Daß die Gebühr des § 23 Ziff. 3 RAGebO. neben der Prozeßgebühr erwächst, ergibt § 29 Ziff. 6 RAGebO.

Voraussetzung ist jedoch in jedem Falle, daß der Anwalt auch eine Tätigkeit innerhalb des Kostenfestsetzungsverfahrens entwickelt. RA. F. erblickt diese Tätigkeit darin, daß er — in zwei Fällen — die zugunsten des Kl. ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlüsse in Empfang genommen, geprüft und an seine Partei weitergeleitet habe. Eine Tätigkeit i. S. der genannten Vorschr. liegt aber nicht schon in der bloßen Empfangnahme des Festsetzungsbeschlusses, auch wenn der Anwalt diesen an die Partei weitergibt. Diese Empfangnahme und Weiterleitung ist — für sich allein — nur der Ausfluß der Prozeßvollmacht des Anwalts, der zufolge alle Zustellungen der Instanz — dazu gehört in erster Instanz auch das Kostenfestsetzungsverfahren — an den Bevollmächtigten der Instanz (§ 176 ZPO.) zu erfolgen haben. Der Sen. vermag sich der Gegenansicht, daß nämlich mit der Weiterleitung und Empfangnahme häufig eine Nachprüfung des Beschlusses und Beratung der Partei über etwa zu erhebende Erinnerungen verbunden sei, nicht anzuschließen. Gewiß kommt es auf den Umfang der vom Anwalt jeweils entwickelten Tätigkeit nach dem System der Pauschgebühren nicht an, doch muß stets die erste Voraussetzung, daß überhaupt irgendeine dem in Frage kommenden Verfahrensabschnitt zuzurechnende Tätigkeit vom Anwalt ausgeübt wird, erfüllt sein. In der Entgegennahme der Zustellung und selbst in der Weiterleitung an die Partei liegt solche Tätigkeit aber noch nicht. Auch ist daraus auf eine solche des Anwalts innerhalb des Kostenfestsetzungsverfahrens nicht etwa ohne weiteres zu schließen (ebenso OLG. München v. 22. Juni 1929: BayZ. 1929, 383). Vielmehr muß der Anwalt dartun, daß und inwiefern er zum Zwecke der Kostenfestsetzung für seine eigene Partei oder zur Abwehr oder bei der Durchführung der von der Gegenpartei betriebenen Kostenfestsetzung tätig geworden ist. Dabei erfüllt eine bloße Prüfung des zugunsten der anderen Partei erlassenen, dem Anwalt zugestellten Festsetzungsbeschlusses den hier vom Gesetz gemeinten Begriff einer Tätigkeit noch nicht. Das erhellt einmal schon daraus, daß § 23 Ziff. 10 RAGebO. die Tätigkeit, soweit sie Erinnerungen gegen die Kostenfestsetzung betrifft, besonders aufführt, bei einer Prüfung zu dem Zwecke, ob etwa eine Erinnerung einzulegen sei, also zweifelhaft sein müßte, ob sie noch unter Ziff. 3 oder schon unter Ziff. 10 fiele. Vor allem aber ist davon auszugehen, daß § 23 RAGebO. eine Sonderregelung für eine Reihe ganz verschiedenartiger Tätigkeiten enthält, die überwiegend derjenigen Instanz zuzurechnen sind, für deren allgemeinen Geschäftsbetrieb der Anwalt ohnehin bereits eine Gebühr (Prozeßgebühr) erhält, durch welche aber, wie § 29 RAGebO. zeigt, diese verschiedenen Tätigkeiten nur zum Teil mitabgegolten werden. In denjenigen Fällen, in denen das nicht zutrifft — dazu gehört gerade auch § 23 Ziff. 3 RAGebO. —, muß daher grundsätzlich eine besondere, gerade auf die in den einzelnen Tatbeständen des § 23 genannten Verfahrensarten und Verfahrensabschnitte sich beziehende und gerichtete Tätigkeit entwickelt werden, d. h. also in aller Regel mehr als die bloße Prüfung des Anwalts, ob denn eine solche Tätigkeit überhaupt zu entwickeln ist. Eine derartige Prüfung fällt noch in den Rahmen des allgemeinen, durch die Prozeßgebühr abgegoltenen Prozeßbetriebes und löst nicht schon die Sondergebühr des § 23 Ziff. 3 (i. Verb. m. § 29) RAGebO. aus.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 6. April 1935, 20 W 2292/35.)

*

Darmstadt

48. §§ 178, 181 GVG.; § 38 DGKG. Ungebührstrafe auch gegen Parteivertreter. Kein vorheriges rechtliches Gehör. Zum Begriff der Ungebühr in objektiver und subjektiver Hinsicht. Beschwerdeentscheidung ergeht gebührenfrei.

Vor dem AG. (PEA.) waren im Termin der Antragsteller persönlich und für die Antragsgegnerin als Prozeßbevollmächtigter deren Sohn, der Landwirt Gr., der BeschwF., erschienen. In dem Sitzungsprotokoll ist bemerkt: „Nach längeren Verhandlungen gebrauchte der Vertreter der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller einen ungehörigen Ausdruck und wurde deswegen verwarnt. Kurze Zeit darauf wurde Beschluß verkündet: Nachdem er vorher verwarnt worden war, beleidigte der Vertreter der Antragsgegnerin den Antragsteller, indem er diesen Schwindler hieß. Es wird deshalb gegen den Vertreter der Antragsgegnerin eine Ordnungsstrafe von 10 *RM* ausgesprochen." Gegen die Verhängung der Ordnungsstrafe richtet sich die Beschw. des Gr.

Der § 178 GVG. läßt nach seinem Wortlaut zwar die Verhängung der Ordnungsstrafe nur gegen die „Parteien" zu, es ist aber durchaus herrschende Meinung, daß der Begriff der Parteien auch die Parteivertreter umfaßt, soweit sie nicht wie z. B. die Rechtsanwälte (Ges. v. 11. März 1921 [RGBl. 229]) ausdrücklich ausgenommen sind.

Daß der BeschwF. vor Verhängung der Ordnungsstrafe nicht nochmals ausdrücklich gehört wurde, hat keine Bedeutung. Es ist, wie das OLG. in seinem Beschl. v. 26. Febr. 1934, St W 27/34 (JW. 1934, 780) ausgeführt hat, nicht notwendig, daß demjenigen, gegen den die Ordnungsstrafe verhängt werden soll, vor der Verhängung ein rechtliches Gehör gewährt wird.

Im übrigen hat das Gericht mit Recht die Ordnungsstrafe ausgesprochen. Der BeschwF. hat dem Prozeßgegner gegenüber den Ausdruck „Schwindler" gebraucht. Objektiv enthält diese Beleidigung eine Ungebühr i. S. des § 178 GVG. Nicht notwendig ist, daß sich die ungebührliche Handlung unmittelbar gegen das Gericht richtet. Auch Handlungen, die sich zunächst nur gegen einen Prozeßbeteiligten richten, können mittelbar die Achtung vor dem Gericht verletzen (GoltdArch. 58, 230). Das ist hier der Fall. Indem der BeschwF. seinen Prozeßgegner gröblichst beschimpfte, setzte er sich über die Grenzen eines Benehmens hinweg, das im Hinblick auf die Würde des Gerichts von jedem gefordert werden muß, der vor seinen Schranken erscheint. Er gebrauchte ein Wort, das, im Gerichtssaal angewendet, als ungehörig bezeichnet werden muß.

Auch die zu fordernde Rechtswidrigkeit der Handlung steht außer Zweifel. Für die Frage, ob eine Ungebühr gegeben ist, ist es ohne Bedeutung, ob der Täter zur Wahrnehmung berechtigter Interessen (wenn man hier davon überhaupt sprechen könnte) gehandelt hat. Wahrnehmung berechtigter Interessen schützt nur gegen die Strafe wegen Beleidigung (§ 193 StGB.), nicht aber gegen Verhängung einer Ordnungsstrafe (GoltdArch. 58, 230).

Da nach § 178 GVG. eine Ordnungsstrafe nur gegen den verhängt werden kann, der sich einer Ungebühr schuldig macht, so muß in subjektiver Hinsicht festgestellt sein, daß dem Täter ein Verschulden zur Last fällt. Was den Grad des Verschuldens anlangt, so genügt nach Ansicht des Senats ein fahrlässiges Verhalten des Täters. Es liegt vor, wenn dieser pflichtmäßig die Erwägung unterlassen hat, sein Verhalten könne die Würde des Gerichts verletzen, und wenn er bei pflichtgemäßer Überlegung den Charakter seiner Handlung als einer solchen Ungebühr hätte erkennen können. Vorausgesetzt ist dabei, daß ihm diese Überlegung zugemutet werden kann

(vgl. die durchaus zutreffenden Ausführungen von Rilk in Anm. zu JW. 1934, 705[8]). Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so muß ein mindestens fahrlässiges Verhalten bejaht werden. Der BeschwF. weist zwar in seiner Beschwerdeschrift darauf hin, daß sein Prozeßgegner „bei jeder Gelegenheit, auch der allergeringsten, ihm Schikane über Schikane mache, und daß er deshalb die Bemerkung in der äußersten Erregung getan habe". Das Protokoll stellt aber ausdrücklich fest, daß der BeschwF. kurz vor Gebrauch des Wortes „Schwindler" schon einmal einen ungehörigen Ausdruck gebraucht hat und deshalb verwarnt worden ist. Diese Feststellung des Protokolls rechtfertigt besonders auch im Hinblick auf die Persönlichkeit des BeschwF. die Annahme einer Fahrlässigkeit, wie sie oben umschrieben wurde.

Die Höhe der Strafe ist um so weniger zu beanstanden, als der BeschwF. kurz vorher verwarnt worden war.

Die Beschwerde war unbegründet.

Eine Kostenentscheidung war nicht zu treffen, da die Entsch. gebührenfrei ist. Die Beschw. nach § 181 GVG. hat mit der Rechtssache, die zur Verhandlung stand, nichts zu tun, so daß § 38 DGKG. keine Anwendung findet (vgl. Beschl. des Senats v. 11. Okt. 1931, 2 W 253/31 und die herrschende Meinung; Rittmann-Wenz, 1 zu § 38 DGKG. und die das. Zit.).

(OLG. Darmstadt, 3. ZivSen., Beschl. v. 23. April 1935, 3 W 51/35.)

Ver. von OLGR. Dr. Fuchs, Darmstadt.

*

Hamm

49. § 138 BGB. Verträge, durch die ein Schuldner sich der unentbehrlichsten Bedarfsgegenstände entäußert, verstoßen gegen die guten Sitten und gegen die Anforderungen der Volksgemeinschaft und sind nichtig. Waren die veräußerten Sachen beim Vertragsschluß nicht unentbehrlich, sind es aber nachher geworden, so kann der Herausgabeforderung die Einrede der allgemeinen Arglist entgegengesetzt werden.

Es ist richtig, daß der Vollstreckungsschutz nach § 811 ZPO. nicht anwendbar ist auf die Zwangsvollstreckung zur Herausgabe bestimmter Sachen. Eben deshalb aber muß ein Schutz gegen die Wegnahme notwendigster Bedarfsgegenstände, soweit die Rechtsordnung einen solchen Schutz verlangt, schon in einem früheren Stadium als in dem der Zwangsvollstreckung Platz greifen, nämlich schon in dem Rechtsstreit, der auf die Herausgabe solcher Sachen gerichtet ist. So wie ohne weiteres einleuchtet, daß ein Schuldner nicht im Wege der Zwangsvollstreckung bis auf die nackte Haut ausgezogen oder bei Nachtzeit und Winterkälte schutzlos auf die Straße gesetzt werden darf, weil höhere Rücksichten der Volksgemeinschaft und der öffentlichen Ordnung entgegenstehen, ganz abgesehen von Rücksichten der Menschlichkeit, so ist auch darüber hinaus abzuwägen, wie weit im einzelnen Fall das Staats- und Volksinteresse gegenüber dem privaten Gläubigerinteresse so überwiegend ist, daß das letztere zurückzutreten hat. Dafür aber geben die Vollstreckungsschutzbestimmungen, auch wenn sie, wie hier, nicht unmittelbar anwendbar sind, doch eine deutliche Richtlinie. Die Rechtsordnung kann nicht wollen, daß ein von ihr mißbilligter Erfolg, nämlich die Vernichtung der Existenzgrundlage eines Schuldners, im Wege der äußeren Freiwilligkeit erreicht wird, indem, meist unter dem Druck der Not oder aus Unerfahrenheit und Leichtsinn, Verträge geschlossen werden, durch die der Schuldner auch das Letzte und Unentbehrlichste hergibt. Solche Verträge verstoßen gegen die guten Sitten ebenso wie die sog. Knebelungsverträge, durch die ein Schuldner sich seiner Handlungsfreiheit völlig begibt. Allerdings ist dieser Charakter nicht immer einem solchen Vertrag ohne weiteres anzusehen, da die Unentbehrlichkeit von Gegenständen durchaus von den Umständen des Einzelfalles abhängt und diese Umstände sich auch zwischen dem Abschluß des Vertrages und seiner Anwendung ändern können. Aber das gilt ja von den meisten sittenwidrigen Verträgen. Ist aber etwa der Vertrag bei den zur Zeit seines Abschlusses obwaltenden Verhältnissen nicht sittenwidrig gewesen, weil damals die Sachen nicht unentbehrlich waren, dann kann immer noch bei veränderten Umständen die spätere Geltendmachung der Rechte aus dem Vertrage gegen die guten Sitten verstoßen oder es kann das Rechtsschutzinteresse verneint werden (vgl. § 226 BGB.).

Einer dieser beiden Fälle ist hier sicher gegeben, da die Schuldner ihr gesamtes bewegliches Vermögen übertragen haben und auch die Schlafzimmer- und Kücheneinrichtung herausverlangt wird, ohne die die Führung eines Haushalts unmöglich ist.

Welche Sachen im einzelnen nicht herausverlangt werden können, sei es wegen Nichtigkeit des Vertrages, sei es wegen Sittenwidrigkeit der Geltendmachung, kann nur nach näherer Prüfung der Lebensgrundlage der Schuldner entschieden werden. Jedenfalls kann aber den Bekl. das Armenrecht nicht mit der Begründung versagt werden, daß die Verteidigung gegen die Klage keine hinreichende Aussicht gewähre.

(OLG. Hamm, Beschl. v. 10. Jan. 1935, 7 W 231/34.)

Ver. von OLGR. Kalisch, Hamm i. W.

Karlsruhe

50. § 91 ZPO. Beweisgebühr für Wahrnehmung eines Beweisaufnahmetermins (BT.) in der BerInst. durch den erstinstanzlichen Anwalt.

Allerdings ist in RGZ. 51, 11 (Plenarentscheidung) nicht ausgesprochen, daß für die Wahrnehmung eines auswärtigen BT. immer nur die Kosten in Höhe der Reisekosten und Tagegelder des Instanzanwaltes erstattungsfähig sind, auch wenn sich der Anwalt eines Substituten bedient. Insoweit kann der Senat seinen entgegengesetzten Standpunkt (in dem Beschl. vom 4. Juni 1926, ZBS 124/26; vgl. OLG. Kiel: JW. 1928, 754[4]; KG.: JW. 1930, 194[56]) nicht aufrechterhalten. Die über jenen Betrag hinausgehenden Gebühren des zweiten Anwalts sind im Falle der Wahrnehmung eines auswärtigen BT. vielmehr dann erstattungsfähig, wenn ein Wechsel in der Person des Anwalts notwendig war (§ 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO.). Diese Voraussetzung ist aber hier nicht als vorliegend zu erachten. Es mag sein, daß die Anwälte des OLG. zu der hier fraglichen Zeit des BT. stark belastet waren, so daß ihnen dessen Wahrnehmung höchst ungelegen kam. Es ist aber nicht irgendwie erhärtet, daß eine Verlegung des Termins nicht erreichbar gewesen wäre. Das LG. hat daher mit Recht die Beweisgebühr für die Wahrnehmung des im Berufungsverfahren stattgehabten BT. gestrichen. Das schließt indes nicht aus — im Rahmen der Beschw., deren Ziel es ist, den Aufwand für die Wahrnehmung des BT. zu einem höheren Betrag ersetzt zu bekommen —, die Reisekosten zu erhöhen. Der Termin fand um 9 Uhr statt. Es war dem erstinstanzlichen Anwalt nicht zuzumuten, zur Hinreise die vorgehende Nacht zu benutzen (auch wenn der Gegenanwalt dies tat). Er war vielmehr berechtigt, zwei volle Tage zu verwenden.

(OLG. Karlsruhe, 4. ZivSen., Beschl. v. 10. Jan. 1935, 4 ZBS 213/34.)

Ver. v. AGR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

*

Köln

51. § 13 GVG.; § 2 VO. ü. Verwaltungszwangsverfahren v. 15. Nov. 1899; § 90 KommAbgG.; § 43 VVG. Die Kosten einer Behandlung im städtischen Krankenhaus bleiben bürgerlich-rechtliche Ansprüche, selbst wenn sie durch rechtskräftige Veranlagungsbescheide festgestellt sind und sie im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden. Das ordentliche Gericht entscheidet daher über die sachliche Berechtigung des Anspruchs, nicht dagegen über die Zulässigkeit der Maßnahmen des Verwaltungszwangsverfahrens. Der Bezirksvertreter einer Krankenversicherung kann ohne besondere Vollmacht keine verpflichtenden Erklärungen über die Zahlung von Krankenhauskosten namens der Versicherung abgeben.

Der Kaufmann P. war bei der Kl. gegen Krankheit versichert. Er erkrankte und lag etwa ein Jahr im Krankenhaus der Bekl., einer Stadtgemeinde. Der Leiter Th. der dortigen Bezirksdirektion der Kl. hatte sich namens der Kl. bereit erklärt, die Krankenhauskosten bis auf weiteres zu übernehmen. Die Bekl. ließ der Bezirksdirektion mehrere Veranlagungsbescheide im Gesamtbetrag von 1593,32 RM zugehen, welche rechtskräftig geworden sind. Sie hat auf Grund der Bescheide im Verwaltungszwangsverfahren zwei Büromaschinen im Wert von insgesamt 1700 RM pfänden lassen.

Die Kl. beantragt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, hilfsweise festzustellen, daß sie nicht verpflichtet sei, die Gebühren für die Aufnahme des versicherten P. in das Krankenhaus an die Bekl. zu bezahlen.

Das LG. hat die Klage zugesprochen. Seinen Ausführungen ist im Ergebnis zuzustimmen.

1. Das LG. hat mit zutreffenden Gründen den Rechtsstreit als einen bürgerlich-rechtlichen beurteilt. Der Anspruch der Bekl. beruht auf den beiden schriftlichen Erklärungen des damaligen Bezirksdirektors Th. Diese Erklärungen stellen sich als Schuldversprechen oder Geschäftsübernahme dar, sind also rein bürgerlicher Art. Sie haben diese Eigenschaft auch nicht dadurch verloren, daß die Bekl. eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist und nach § 90 KommAbgG. berechtigt ist, Gebühren, Beiträge, Steuern, Kosten und die nach Tarifen festgesetzten Vergütungen im Verwaltungszwangsverfahren beizutreiben, und auch nicht dadurch, daß die Bekl. — sei es mit Recht, sei es mit Unrecht — die streitige Schuld der Kl. gerade im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben hat. Denn die Ermächtigung der Gemeinden, diese Forderung im Verwaltungszwangsverfahren einzuziehen, beruht lediglich auf Zweckmäßigkeitserwägungen; sie will die Beitreibung jener Forderungen, soweit sie an sich privatrechtlicher Art sind, dem Rechtsweg entziehen, weil es sich dabei in der überwiegenden Mehrzahl der

Fälle um eine Versäumnis des Schuldners handelt, und weil die jedesmalige Beschreitung des Rechtswegs in allen derartigen Fällen seitens der Gemeinden mit Weiterungen verknüpft ist, die weder durch das Interesse der Gemeinden noch durch das der Schuldner begründet ist (vgl. Art. 58 AusfAnw. v. 10. Mai 1894). Auch die in § 2 VO. vom 15. Nov. 1899 (18. März 1904) zugelassenen Rechtsmittel betreffen, wie das LG. zutreffend hervorgehoben hat, lediglich Beanstandungen von Mängeln des Beitreibungsverfahrens, ihre Zulassung steht aber der Beschreitung des Rechtswegs hinsichtlich des Grundes des Anspruchs nicht entgegen. So hat die Rspr. denn auch in Fällen der vorliegenden Art, z. B. bei Entgeltsgebühren, den Rechtsweg stets zugelassen (vgl. OVG. v. 20. Okt. 1931; JW. 1932, 2834; RG. 129, 97 = JW. 1930, 2298 und 123, 229).

2. Nicht zu billigen ist die Auffassung des LG., daß die ordentlichen Gerichte, wenn sie die sachliche Nichtberechtigung des Anspruchs feststellen, zugleich befugt seien, über die Zulässigkeit der Zwangsmaßnahme zu entscheiden. Vielmehr ist diese Frage dem Rechtsweg entzogen und der in § 2 der angezogenen VO. v. 15. Nov. 1899 bezeichneten Verwaltungsbehörde vorbehalten. Mit Unrecht beruft es sich auf ein Urt. des KG.: OLG. 21, 100; dieses besagt gerade das Gegenteil, indem es ausführt, daß in den Fällen, in denen zwar der Rechtsweg über die Verbindlichkeit, den beizutreibenden Betrag zu entrichten, zulässig sei, doch eine Anwendung der §§ 767, 769 ZPO. ausgeschlossen sei, und daß die Zwangsvollstreckung ausschließlich nach den Vorschr. der VO. v. 15. Nov. 1899 erfolge.

3. Bedenken dagegen, daß der Klageanspruch sich gegen das zugrunde liegende bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis und nicht vielmehr gegen die Beitreibung der angeblichen Schuld richtet, könnte allerdings der Wortlaut des Hauptantrags rechtfertigen. Dieser begehrt die Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus den Veranlagungsbescheiden der Bekl., richtet sich also, wörtlich genommen, nur gegen die Zwangsbeitreibungsmaßnahme. Indes ist, wenn man den Inhalt des klagebegründenden Vortrags mitberücksichtigt, die Auffassung gerechtfertigt, daß die Kl. nicht so sehr gegen die Zwangsmaßnahme als vielmehr gegen den von der Bekl. angemaßten Rechtsanspruch ankämpft und in erster Linie die Feststellung der Nichtberechtigung dieses Anspruchs begehrt. Der vorl. Fall liegt insoweit ähnlich wie der vom RG. entschiedene, JW. 1903, 19 behandelte Fall. Die Bekl. hat denn auch im zweiten Rechtszug den Hilfsantrag gestellt.

4. Es kommt somit darauf an, ob die Bekl. einen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Krankenhausbehandlung gegen die Kl. erlangt hat. Nun ist zwar richtig, was das LG. ausführt, daß der von der Bekl. geltend gemachte Anspruch gar kein solcher aus § 90 KommAbgG. ist; denn er betrifft keine Gebühr oder eine nach Tarif festgesetzte Vergütung, sondern ein Schuldversprechen oder eine Geschäftsbesorgung. Die Bekl. war daher gar nicht befugt, ihre Forderung gegen die Kl. im Verwaltungszwangsverfahren beizutreiben. Indessen ist diese Frage allein nicht von entscheidender Bedeutung. Denn der Feststellungsantrag der Kl. wäre nichtsdestoweniger unbegründet, wenn die Kl. der Bekl. zwar nicht aus dem Tarif, wohl aber aus den Schuldversprechen haftbar wäre, da es dann an dem in § 256 ZPO. geforderten Interesse an der alsbaldigen Feststellung fehlen würde. Die Kl. haftet aber auch nicht einmal aus den Schuldversprechen. Denn der Bezirksvertreter Th. war zur Abgabe einer die Kl. verpflichtenden Erklärung gar nicht bevollmächtigt. Er selbst hat als Zeuge angegeben, daß ihm weder eine schriftliche noch eine mündliche Vollmacht erteilt worden sei. Diese Angabe besteht auch im Einklang mit den allgemeinen Versicherungsbedingungen, in deren § 9 Abs. 3 bestimmt ist, daß Willenserklärungen dem Versicherten gegenüber vom Vorstand abzugeben sind. Die Meinung Th.s, daß er trotzdem ermächtigt gewesen sei, weil er Inkassovollmacht gehabt und die Regulierung der einzelnen Schadensrechnungen aus seinen Beständen vorgenommen habe, geht fehl und ist eine ungerechtfertigte Folgerung. Der Hinweis auf die Inkassovollmacht ist ohne weiteres hinfällig, und was die Regulierungen der Schadensrechnungen angeht, die doch im Rahmen der von der Kl. eingegangenen Verpflichtungen erfolgte, so ist sie etwas anderes als die Übernahme von Verpflichtungen, die über diesen Rahmen hinausgehen. Die Bekl. hat auch nicht dargetan, daß Th. stillschweigend bevollmächtigt gewesen sei, derart, daß die Kl. die regelmäßige Abgabe von rechtsverbindlichen Erklärungen durch Th. gekannt und geduldet hätte. Nach alledem ist die Kl. durch die Erklärungen des Th. nicht verpflichtet worden, die Bekl. hat mithin keinen Anspruch gegen die Kl. auf Vergütung der Krankenhauskosten erlangt, und die Kl. hat daher ein Interesse an einer entsprechenden Feststellung. Die Klage ist aus diesem Grunde mit dem Hilfsantrag zuzusprechen.

(OLG. Köln, 3. ZivSen., Urt. v. 13. Febr. 1935, 3 U 99/34.)

Ber. v. OLGR. Dr. Schmidt, Köln-Braunsfeld.

Oberlandesgerichte: Strafsachen

Berlin

52. §§ 12, 36 Abs. 1 Ziff. 3 DevVO.; § 49 StGB. Das Überbringen von Geld ins Ausland ohne Genehmigung ist ein sog. eigenhändiges Delikt.

Offenbar sieht das LG. für die Fälle der Überbringung ins Ausland in dem Angekl. L. einen mittelbaren Täter, in dem Angekl. G. ein doloses Werkzeug, also einen Gehilfen. Diese Ansicht ist rechtsirrtümlich. § 12 DevVO. enthält zwei verschiedene Tatbestände: das „Versenden" und das „Überbringen" von Zahlungsmitteln usw. ins Ausland ohne Genehmigung der Stelle für Devisenbewirtschaftung. Dabei heißt „Versenden" jedes Über-die-Grenze-Schaffen durch Vermittlung Dritter, während „Überbringen" das körperliche Hinüberschaffen, Hinübertragen über die Grenze bedeutet. Hiernach kann zwar das Versenden durch Mittelspersonen geschehen; ein Überbringen durch Dritte ist jedoch begrifflich unmöglich. Das verbotene Überbringen von Geld ins Ausland ist vielmehr ein sogenanntes eigenhändiges Delikt, das in mittelbarer Täterschaft überhaupt nicht begangen werden kann. Täter ist, wer das Geld über die Grenze bringt. Wer zu dieser Tat Veranlassung gegeben hat, ist je nach seiner Willensrichtung wegen Anstiftung oder aber wegen Versendung von Zahlungsmitteln ins Ausland zu bestrafen.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 21. Mai 1935, 1 Ss 165/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

53. § 5 Abs. 3 RStrVerkO. nebst AusfAnw. dazu Abs. 4 hat das bisher anerkannte Notrecht, mit einem unterwegs aufgetretenen Mangel doch noch unter Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt weiterzufahren (vgl. Müller, StrVerkR., Anm. 21c, S. 474) nicht beseitigt.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 7. Mai 1935, 1 Ss 155/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

54. § 27 RStraßVerkO.; AusfAnw. dazu zum § 27 Abs. 3, Art. IV der 1. EinfVO. dazu. Kenntlichmachung der Ausnahmen von der Vorfahrtregel.

Nach § 27 RStraßVerkO. ist an Kreuzungen das von rechts kommende Kraftfahrzeug bevorrechtigt. Eine Ausnahme ist nur dann gegeben, wenn durch amtliche Verkehrszeichen eine andere Regelung getroffen wird. Wie diese Zeichen beschaffen sein müssen, regelt Abs. 3 AusfAnw. Es kommt also nicht darauf an, ob die eine der sich kreuzenden Straßen eine Hauptverkehrsstraße sei, sondern darauf, ob auf eine der drei in der AusfAnw. angegebenen Arten eine Sonderregelung kenntlich gemacht ist. Nach den Urteilsfeststellungen waren diese rotweißen Tafeln an der fraglichen Kreuzung nicht vorhanden. Wenn auch Art. IV der 1. EinfVO. bestimmt, daß bis zur Aufstellung der neuen Verkehrszeichen auch die Anordnungen zu befolgen sind, die durch gegenwärtig vorgeschriebene Verkehrszeichen kenntlich gemacht sind, so ergibt dies, ohne daß auf die Bedeutung dieser umstrittenen Vorschr. eingegangen zu werden braucht, keine andere Entsch., weil nach den Urteilsfeststellungen ja rotweiße Zeichen, zu denen auch die seit der RVerkMVO. v. 8. Juli 1927 (RGBl. I, 177) und den preuß. RdErl. v. 25. Juli und 29. Aug. 1927 (MBliV. 775 und 921) in Gebrauch befindlichen Zeichen für Straßen 1. und 2. Ordnung gehören (vgl. Anl. zu den gen. RdErl. MBliV. zwischen S. 538 bis 539 VII Bild 2 und 3), sich nicht an der fraglichen Straßenkreuzung befanden. Andere Zeichen waren auch bisher nicht zur Kennzeichnung des Vorfahrtsrechts in Gebrauch.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 28. Mai 1935, 1 Ss 185/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

55. §§ 1 Abs. 2, 25, 36 RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934; § 2 Abs. 2 StGB. Strafbarkeit eines trunkenen Kraftfahrzeugführers.

Die Prüfung gem. § 2 Abs. 2 StGB. bringt für den aus §§ 17 Abs. 2, 50 KraftfVerkVO. v. 10. Mai 1932, § 21 KraftfG. v. 3. Mai 1909 verurteilten Angekl. kein günstigeres Ergebnis; denn auch nach der RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934 nebst AusfAnw. v. 29. Sept. 1934 ist er strafbar. Er hat am Verkehr teilgenommen, obwohl er infolge körperlicher oder geistiger Mängel sich nicht sicher im Verkehr bewegen konnte (§§ 1 Abs. 2, 36 RStraßVerkO.). Daß unter diesen Mängeln auch Trunkenheit zu verstehen ist, ergibt nicht nur der Zweck des Gesetzes, sondern ist auch aus der AusfAnw. zu folgern, wonach ungeeignet zum Führen von Fahrzeugen insbes. ist, wer unter erheblicher Wirkung geistiger Getränke Fahrzeuge geführt

hat (Abs. 1 zum § 1 Abs. 3). Auch wenn man § 1 nicht für anwendbar hält, hat der Angekl. doch auch gegen § 25 RStraßVerkO. verstoßen; denn er hat als Teilnehmer am öffentlichen Verkehr sich nicht so verhalten, daß er keinen andern schädigte oder mehr, als nach den Umständen unvermeidbar, behinderte oder belästigte. Durch sein Fahren in trunkenem Zustande auf der stark befahrenen Straße hat er andere gefährdet und namentlich den Kraftwagenführer, der ihn beinahe überfahren hätte, übermäßig behindert.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 26. März 1935, 1 Ss 77/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

56. §§ 2 Ziff. 1, 48 PrStraßVerkO. v. 20. März 1934; §§ 2 Abs. 1, 28, 30 KraftfVerkVO. v. 10. Mai 1932; §§ 25, 34 RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934.

1. Vom bloßen „Halten" zum Ein- oder Aussteigen oder zum Be- oder Entladen ist das „Aufstellen" eines Fahrzeugs zu seiner Aufbewahrung oder Unterbringung während einer nicht ganz unerheblichen Fahr- oder Benutzungspause oder „Parken" abzugrenzen. Der Begriff des Parkens wird dadurch erfüllt, daß der Kraftfahrzeugführer vor einem Kaffeegeschäft hält, aussteigt, 1/2 Pfd. Kaffee kauft und den Kraftwagen damit „beladet".

2. § 28 KraftfVerkVO. v. 10. Mai 1932 steht der Gültigkeit von landesrechtlichen besonderen Parkverboten oder -beschränkungen, die zur Berücksichtigung bestimmter örtlicher Verhältnisse erlassen sind, für den Kraftfahrzeugverkehr nicht entgegen.

3. Ihre Gültigkeit bleibt durch das Inkrafttreten der RStraßVerkO. v. 28. Mai 1934 (§ 34 Satz 3) unberührt.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 8. März 1935, 1 S 294/34.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

57. § 21 StGB.; §§ 460, 462 StPO. Bei Anrechnung von Untersuchungshaft auf eine erkannte Strafe ist ein Umwandlungsmaßstab nicht gegeben.

Zu Unrecht wendet das LG. den § 21 StGB. auf die angerechnete Untersuchungshaft an. Diese Ansicht deckt sich zwar mit der des OLG. Hamburg und des BayObLG. (HöchstRRspr. 1932 Nr. 1390 und DRZ. 24 Nr. 365). Ihr vermag sich der Senat aber nicht anzuschließen. Es wird dort übersehen, daß es sich bei der Untersuchungshaft um eine vorbeugende Sicherungsmaßnahme, bei der verbüßten Gefängnisstrafe dagegen um eine Freiheitsstrafe handelt. Beide hat der Gesetzgeber nicht gleichmäßig behandelt. Das ergibt sich aus § 21 StGB., der das Verhältnis der verschiedenen Freiheitsstrafen zueinander genau und zwingend regelt, und § 60 StGB., der eine Sondervorschrift für die Untersuchungshaft bildet. Es wäre für den Gesetzgeber ein leichtes gewesen, in den § 21 auch die Untersuchungshaft aufzunehmen. Das hat er aber bewußt nicht getan. Er hat dafür vielmehr den § 60 geschaffen, der die Entsch. der Frage in das Ermessen des Richters stellt, ob und inwieweit aus Billigkeitsgründen der erlittenen Untersuchungshaft die Wirkung der Strafvollstreckung bei der Urteilsfällung beigelegt werden soll. Abgesehen davon, ist, wie schon angedeutet, Untersuchungshaft überhaupt keine Freiheitsstrafe, sondern nur eine Freiheitsentziehung aus besonderem Grund und Anlaß (§ 112 StPO.). Diese ihre Natur kann sie nicht nachträglich verlieren, sondern sie bleibt, was sie war. Daraus folgt, daß sie nicht in eine Strafart umgewandelt, sondern nur auf eine erkannte Strafe voll angerechnet werden kann. Insofern ist sie gewissermaßen eine vorweggenommene Freiheitsstrafe, sei sie nun Zuchthaus oder Gefängnis (vgl. RGSt. 15, 143; 29, 76).

(KG., 1. StrSen., Beschl. v. 2. April 1935, 1 Ws 266/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

58. §§ 2, 5 BrotG. v. 9. Juni 1931 u. 30. Sept. 1932 (RGBl. I, 335, 491); Ziff. 3 Richtl. dazu v. 3. Aug. 1931 (MBlfLandw. 421); VO. über Brotgewichtsang. v. 16. Juli 1931 (RGBl. I, 383). Freisprechung bei der Unmöglichkeit einer den Richtl. entsprechenden Gewichtsnachprüfung.

Bei der beim Händler vorgenommenen polizeilichen Gewichtsnachprüfung wurden drei vom Angekl. am Tage vorher gebackene und gelieferte Brote vorgefunden, die nach dem Aufdrucke je 3000, 3000 und 1500 g wiegen sollten, aber nur je 2980, 2900 und 1420 g wogen, also bei einem Gesamtsollgewicht von 7500 g ein Mindergewicht von 200 g, d. i. von 2,66 % hatten. Nach den gem. § 3 Abs. 2 BrotG. erlassenen Richtlinien v. 3. Aug. 1931 sind die dort zugelassenen Gewichtsfehler so zu berücksichtigen, daß bei der Nachprüfung das Durchschnittsgewicht von mindestens zehn Broten festzustellen ist. Da hier nur drei Brote nachgewogen worden sind, ist durch die Gewichtsnachprüfung nicht die Möglichkeit ausgeräumt, daß das Untergewicht der drei geprüften Brote durch Übergewichte bei anderen Broten ausgeglichen war, und das Istgewicht der Brote i. S. der Richtlinien dem aufgedruckten Sollgewicht entsprach und durch 250 teilbar war. Des Angekl. Verurteilung beruht daher auf einer Nichtanwendung oder falschen Anwendung der Richtlinien. Eine ihnen gerecht werdende Gewichtsprüfung läßt sich nicht mehr nachholen, eine Strafbarkeit des Angekl. mithin nicht mehr feststellen. Das amtsgerichtliche Urteil muß deshalb aufgehoben und der Angekl. freigesprochen werden.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 26. März 1935, 1 Ss 58/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

59. §§ 2 Ziff. 9, 9 Abs. 3 Ziff. 3, 14 TierschutzG. v. 24. Nov. 1933; § 2 der 1. AusfVO. dazu v. 20. Juni 1934 (RGBl. I, 516). Strafbarkeit der Vornahme von Kastrationen unter Anwendung örtlicher Betäubung durch einen Kastrierer (Viehoperateur).

Die auf Grund des § 14 TierschutzG. erlassene allgemeine Anordnung in § 2 AusfVO., daß Betäubungen zur Vornahme schmerzhafter Eingriffe i. S. des § 2 TierschutzG. nur von einem approbierten Tierarzt ausgeführt werden dürfen, sichert erst den Zweck des § 2 TierschutzG., durch Anordnung der Betäubung bestimmte Operationen für das Tier schmerzlos zu machen, den eine unzureichende oder unrichtig angewandte Betäubung zunichte machen würde. Die AusfVO. will dadurch, daß sie die Betäubungen nur von approbierten Tierärzten, also von geprüften und besonders zuverlässigen und erfahrenen Personen, vornehmen läßt, von vornherein eine Gewähr für das Unterbleiben unzulänglicher Betäubungen schaffen. Es kommt daher hier nicht darauf an, ob gerade der Angekl. auf Grund seiner langen Praxis ein besonders erfahrener, zuverlässiger und geschickter Kastrierer ist.

(KG., 1. StrSen., Urt. v. 12. März 1935, 1 Ss 48/35.)

Ber. von KGR. Körner, Berlin.

*

Breslau

60. § 41 RGO. Ein „Gewerbebetrieb" liegt auch dann vor, wenn der Verkäufer vor Beginn der Sonntagsruhe bei ihm gekaufte Waren nach Beginn der Ruhe aushändigt und sich bezahlen läßt.

Begrifflich umfaßt der Gewerbebetrieb i. S. dieser Vorschrift (§ 41 RGO.) all diejenigen Handlungen, die mit der Ausübung des Gewerbes überhaupt verbunden sind, mögen sie unmittelbar oder bloß mittelbar auf die Herbeiführung des Gewinnzweckes, dessen Realisierung es gilt, gerichtet sein. Das Aushändigen und Bezahlen der Ware fällt daher ebensogut in den Kreis des Gewerbebetriebes, wie der Abschluß des Kaufvertrages selbst. Das Gesetz gibt keinerlei Anhalt dafür, daß die einzelnen zur Verwirklichung des Geschäftszweckes vorgenommenen Handlungen unterschiedlich zu behandeln wären. Der Verkäufer macht sich somit strafbar, wenn er vor Beginn der Sonntagsruhe bei ihm gekaufte Waren nach Beginn der Ruhe aushändigt und sich bezahlen läßt.

Die Auslegung des § 41 RGO. ist schon mit Rücksicht auf den Gesetzeszweck, wonach während der Sonntagsruhe jeglicher Geschäftsverkehr unterbunden sein soll, geboten. Dieser Zweck würde nur sehr unvollkommen zu erreichen sein, wollte man das Aushändigen und Bezahlen der Waren nicht als Ausübung des Gewerbebetriebes i. S. von § 41 RGO. ansehen. In diesem Falle könnten, worauf die Rev. mit Recht hinweist, die Beteiligten sich stets darauf berufen, daß die während der Sonntagsruhe abgeholte und bezahlte Ware bereits vor Beginn der Ruhe bestellt gewesen sei. Eine Nachprüfung der Richtigkeit ihrer Angaben würde in den meisten Fällen sehr erschwert, wenn nicht gar unmöglich sein. Für die Möglichkeit einer Umgehung des Gesetzes würde weitester Raum gelassen sein.

(OLG. Breslau, 1. StrSen., Urt. v. 12. März 1935, 18/4 Ss 16/35.)

Ber. von Oberamtsanwalt Jander, Waldenburg (Schl.).

*

Dresden

61. § 2 Abs. 2 StGB.; § 21 KraftfG.; §§ 17 Abs. 1, 20 KraftfVerkVO.; § 25 RStraßVerkO. § 25 RStraßVerkO. hat für sich allein den Charakter der selbständigen Strafnorm. †)

Der Einwand der Rev., daß § 25 RStraßVerkO. nur eine allgemeine Sorgfaltsregel, aber keinen selbständigen strafrechtlichen Tatbestand enthalte, geht fehl. Das in ihm zum Ausdruck gebrachte Verbot der Schädigung und vermeidbaren Behinderung und Belästigung eines anderen bietet hinreichend bestimmte Tatbestands-

merkmale. Die Anerkennung als selbständige Strafnorm setzt nicht voraus, daß genau bestimmt wird, was im einzelnen zu tun und zu unterlassen ist. Dem Strafrecht sind vielmehr lediglich auf den Erfolg abgestellte Strafvorschriften durchaus nicht fremd. So drohen z. B. die §§ 222 und 230 StGB. für die fahrlässige Verursachung des Todes bzw. der Körperverletzung eines anderen Strafe an, ohne zu sagen, was der einzelne zu tun oder zu unterlassen habe, um die Herbeiführung eines solchen Erfolges zu vermeiden. Wenn aber § 25 RStraßVerkO. selbst ausreichend bestimmte Tatbestandsmerkmale enthält, so ist er auch nicht erst (so Gülde, RStraßVerkO., Bem. 12 zu § 25; derselbe in DJZ. 1934, 1257 und in VerkehrsrR. Bd. 14 Sp. 76 ff.) in Verbindung mit den im Abs. 2 der AusfAnw. zum § 25 aufgeführten Einzeltatbeständen selbständige Strafnorm. Diese Ergänzung ist nur beispielhaft, wie sich aus dem Gebrauch des Wortes „insbesondere" (vor 1) ergibt. Auch der Hinweis der RevBegr. auf die Rspr. zu § 17 Abs. 1 KraftfVerkVO., der nur als allgemeine Sorgfaltsregel angesehen worden ist, ist nicht stichhaltig. Denn dieser Rechtssatz machte dem Kraftfahrzeugführer lediglich gehörige Vorsicht in Leitung und Bedienung seines Fahrzeugs zur Pflicht, ohne auf die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges abzustellen.

Selbständige Strafnorm soll der § 25 RStraßVerkO. auch nach dem Willen des Gesetzgebers sein. Das ergibt sich aus dem Abs. 1 der AusfAnw. zum § 25 RStraßVerkO., in dem gesagt ist, daß der § 25 eine Regelung aller erdenklichen Verkehrsvorgänge, die doch nicht vollständig und volkstümlich sein könne, ersetzen solle und daß er in allgemeiner Fassung den Inhalt der meisten bisherigen Einzelvorschriften, wie beispielsweise die §§ 17, 18, 19 und 20 KraftfVerkVO. wiedergebe. Weist damit der Gesetzgeber auf eine Reihe von Best. ausdrücklich hin, die, mit Ausnahme des § 17 Abs. 1, allgemein als selbständige Strafnormen anerkannt waren, so hätte er es wohl besonders zum Ausdruck gebracht, wenn er dem an ihre Stelle getretenen § 25 RStraßVerkO. diese Bedeutung nicht zuerkennen wollte. Das ist aber nicht geschehen.

Der vom Senat zu dieser Frage vertretene Rechtsstandpunkt wird geteilt von Müller, Straßenverkehrsrecht, Anm. 1 zu § 25, S. 545 flg.; Floegel, Straßenverkehrsrecht, Bem. 18 zu § 25 und Koffka: DJZ. 1934, 1308 (1310); vgl. auch Urt. des 2. StrSen. des OLG. Dresden, 6 Ss 39/35 und 21. 24/35 vom 13. März 1935; abweichend Gülde a. a. O., dessen gegenteiliger Meinung der Senat jedoch nicht beitreten kann.

(OLG. Dresden, 1. StrSen., Urt. v. 29. März 1935, 20. 11/35.)

Anmerkung: Der Hinweis auf §§ 222, 230 StGB. überzeugt nicht; denn diese Gesetzesvorschriften enthalten gerade die ganz konkreten Verbote, zu töten oder den Körper eines Menschen zu verletzen, während das Gebiet der durch § 25 RStraßVerkO. verpönten Erfolge sehr umfassend und dementsprechend die Fassung der Vorschr. sehr allgemein und abstrakt gehalten ist. Die in dem Urteil enthaltene Deutung des Wortes „insbesondere" ist gleichfalls abzulehnen; sie ist in Wirklichkeit viel einfacher: der Gesetzgeber hebt damit eine Anzahl Einzelregeln für das Verhalten der Verkehrsteilnehmer hervor, welche ihm besonders wichtig erscheinen. Schließlich geht auch weiter der Hinweis auf Abs. 1 AusfAnw. zum § 25 fehl; denn gerade dadurch, daß der Gesetzgeber sagt, im § 25 sei der Inhalt der alten §§ 17—20 KraftfVerkVO. in allgemeiner Fassung enthalten, bringt er zum Ausdruck, daß er die alten Regeln in konkreter Form nicht mehr aufstellen wolle.

Ich darf noch auf meinen Aufsatz: JW. 1935, 1464 hinweisen. § 25 wäre als selbständige Strafnorm ein gefährlicher Überfluß. Anderer Meinung neuerdings RG. v. 16. Mai 1935, 5 D 263/35, wonach § 25 einen selbständigen strafrechtlichen Tatbestand enthält.

RA. Dr. Gülde, Dresden.

*

München

62. § 361 Nr. 4 StGB. Klosterbettel (Inanspruchnahme der Klostersuppe) fällt nicht unter den Begriff des Bettelns im Sinne des Gesetzes.

(BayObLG., Urt. v. 20. März 1935, 1 Ss Nr. 34/35.)

RA. Dr. Dieß, München.

*

63. § 1 Abs. 2 RStraßVerkO. Auch vorübergehende Mängel fallen unter diese Bestimmung. †)

Der Angekl. führte am 19. Okt. 1934, morgens gegen 7 Uhr, einen Personenkraftwagen im Stadtinnern in M., wobei er derart unter der Wirkung von geistigen Getränken stand, daß er zur sicheren Führung des Kraftwagens nicht imstande war. Daß bei dieser Fahrt eine Gefährdung eines anderen Verkehrsteilnehmers tatsächlich eingetreten ist, konnte nicht nachgewiesen werden.

Die Strafbarkeit desjenigen, der im Zustand erheblicher Trunkenheit ein Fahrzeug führt, ergibt sich aus §§ 1 Abs. 2, 36 RStraßVerkO. In Übereinstimmung mit Müller, Straßenverkehrsrecht, Anm. 10 zu § 1 ist die Anschauung des AG., daß die in § 1 Abs. 2 genannten Mängel dauernde sein müßten, für rechtsirrig zu erachten. Wenn nur dauernde Mängel gemeint wären, so hätte dies ausdrücklich bemerkt sein müssen. Auch daraus, daß nach Abs. 2 mit körperlichen oder geistigen Mängeln behaftete Personen am Verkehr teilnehmen dürfen, wenn Vorsorge getroffen ist, daß sie andere nicht gefährden, sowie aus der Ausführungsanweisung zu Abs. 2 und zu Abs. 3 ist zu entnehmen, daß auch vorübergehende Mängel, insbes. Trunkenheit in einem Maße, daß sie die Unfähigkeit zur sicheren Führung des Fahrzeugs bewirkt, unter § 1 Abs. 2 fallen. Der Umstand, daß nach Abs. 3 auch polizeiliche Maßnahmen gegen Personen, die sich als ungeeignet zum Führen von Fahrzeugen erwiesen haben, vorgesehen sind, beweist nichts dagegen, daß schuldhafte Verstöße gegen die Vorschrift des Abs. 2 strafbar sind.

Der Angekl. hat sich nach dem festgestellten Sachverhalt einer Übertretung nach §§ 1 Abs. 2, 36 RStraßVerkO. schuldig gemacht.

(BayObLG., Urt. v. 22. Febr. 1935, 1 Ss Nr. 2/35.) [D.]

Anmerkung: Vgl. hierzu RG. v. 28. Febr. 1935: JW. 1935, 1493[10]. Hn.

*

64. Zur Frage der Niederschlagung des Verfahrens nach § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 wegen strafbarer Handlungen, für welche eine Gesamtstrafe zu erwarten ist.

Der BeschwF. wurde durch Urt. der StrK. A. v. 8. Okt. 1934 wegen eines im Sept. 1934 begangenen Sittlichkeitsverbrechens zu einem Jahr drei Monaten Zuchthaus und durch Urt. der StrK. H. als BerInst. v. 14. Febr. 1935 wegen eines im Juni 1933 verübten Verbrechens des Betrugs im Rückfall und wegen zweier im Juni 1933 und März 1934 begangener Vergehen der Unterschlagung zu einer Gesamtstrafe von sieben Monaten Gefängnis verurteilt; die der Gesamtstrafe zugrunde liegenden Einzelstrafen waren vier Monate Gefängnis für das Verbrechen des Betrugs und zwei bzw. drei Monate Gefängnis für die beiden Vergehen der Unterschlagung.

Durch Beschl. der StrK. A. v. 15. März 1935 wurde nach Umwandlung der Gefängnis- in Zuchthausstrafen eine neue Gesamtstrafe in Höhe von einem Jahr sechs Monate Zuchthaus gebildet.

Der Verurteilte machte in seiner Beschw. gegen diesen Beschl. u. a. geltend, daß die drei Einzelstrafen wegen Betrugs und Unterschlagung, weil unter die Amnestie v. 7. Aug. 1934 fallend, bei der Gesamtstrafenbildung außer Betracht zu bleiben hätten. Der Einwand ist unbegründet.

Die StrK. H. hat durch die Verurteilung des BeschwF. und den Ausspruch einer Gesamtstrafe von sieben Monaten Gefängnis zu erkennen gegeben, daß es die Anwendbarkeit des StraffreihG. vom 7. Aug. 1934 geprüft und nicht für gegeben erachtet hat. Angesichts der Rechtskraft des Urt. v. 14. Febr. 1935 ist für eine neuerliche Prüfung dieser Frage im Rahmen des Verfahrens nach §§ 460, 462 Abs. III StPO. kein Raum mehr (vgl. die Ausführungen bei Busch-Schäfer-Wichards zum Ges. über Straffreiheit v. 20. Dez. 1932 S. 57).

Im übrigen hat das bezeichnete Urt. mit Recht von der Anwendung des StraffreihG. abgesehen. Ausschlaggebend war die Höhe der zu erwartenden Gesamtstrafe, die im Hinblick auf die Einsatzstrafe von vier Monaten Gefängnis (für den Rückfallsbetrug) über vier Monate Gefängnis hinausgehen mußte; damit entfällt die Anwendung des § 2 Abs. 2 des Ges. Die Anwendung des § 2 Abs. 1 des Ges. scheitert an der Höhe der Gesamtstrafe — über sechs Monate — und daran, daß der BeschwF. zur Zeit des Inkrafttretens des StraffreihG. bereits mit Freiheitsstrafen von insgesamt mehr als drei Monaten vorbestraft war.

(OLG. München, 2. StrSen., Beschl. v. 16. April 1935, 2 Ws Nr. 164/35.) [H.]

*

65. § 61 StPO. Verzicht auf die Stellung eines Strafantrages in einer Erklärung, die der Verletzte dem Verletzer abgibt, ist für das Strafverfahren bedeutungslos.

B. hat aus Verschulden des S. am 15. Sept. 1934 eine Körperverletzung erlitten. In einer Erklärung v. 2. Okt. 1934, urkundlich niedergelegt in einem „Abfindungsschein" vom gleichen Tage, hat er gegenüber S. auf jeden Anspruch aus dem Unfall v. 15. Sept. 1934, gleichviel auf welchem Rechtsgrund er beruhen konnte, ein für allemal verzichtet.

Gegen S. ist öffentliche Klage erhoben worden. B. hat beantragt, in diesem Verfahren als Nebenkl. zugelassen zu werden. Die StrK. des LG. N. hat den B. als Nebenkl. zugelassen. Gegen diesen Beschluß hat S. Beschw. erhoben, die vom BayObLG. durch Beschl. v. 13. Febr. 1935 auf Kosten des BeschwF. verworfen worden ist. In der Begründung ist ausgeführt, daß B. die Anschlußberechtigung nicht auf seinen Bußanspruch stützen kann, da er auf diesen durch die Er-

klärung v. 2. Okt. 1934 rechtswirksam verzichtet habe. Der in der genannten Erklärung enthaltene „Verzicht auf die Stellung eines Strafantrages" sei aber für das Strafverfahren bedeutungslos, habe daher weder dem späteren Strafantrag B. v. 6. Dez. 1934 entgegengestanden noch sein Privatklagerecht beseitigt (BayObLGSt. 14, 159; LpzKomm. z. StGB. [5], Anm. 16e zu § 61). Die Entsch. des Senats — BayObLGSt. 30, 142 — stünde nicht entgegen, da sie sich mit einem in der Hauptverhandlung erklärten und in der Sitzungsniederschrift aufgenommenen Verzicht befasse. Die Anschlußberechtigung des Nebenkl. B. sei daher nach §§ 395 und 374 StPO. außer Zweifel.

(BayObLG., Beschl. v. 13. Febr. 1935, 1 Ws Nr. 97/35.) [D.]

*

Naumburg

66. § 1 Art. 2 Kap. 1 Teil 1 der VO. v. 14. Juni 1932. Ausnahmsweise Zulässigkeit des zweiten Rechtsmittels. — § 266 Abs. 2 StGB. Die Straftat ist kein Verbrechen, sondern ein Vergehen.

Die Angekl. sind durch Urteil des SchöffG. wegen gemeinschaftlicher Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung zu Gefängnisstrafen verurteilt worden. Gegen das Urteil haben die Angekl. und auch die StA. Berufung eingelegt. Die StrK. hat die Berufungen der Angekl. verworfen und auf die Berufung der StA. die Angekl. wegen gemeinschaftlicher Untreue i. S. des § 266 Abs. 1 und 2 StGB. zu Zuchthaus und Nebenstrafen verurteilt.

Die Rev. der Angekl. ist verworfen.

I. Die umstrittene Frage, ob die Rev. überhaupt zulässig ist, hat der Senat in ständiger Rspr. bejaht. § 1 Art. 2 Kap. I Teil 1 VO. v. 14. Juni 1932, wonach derjenige, der Berufung eingelegt hat, nicht mehr Rev. einlegen darf, ist nach Ansicht des Senats nicht dahin auszulegen, daß einem Angekl. auch dann die Rev. zu versagen sei, wenn er auf die mit seiner Berufung gleichzeitig eingelegte Berufung der StA. schwerer bestraft worden ist (so KG.: JW. 1933, 639; OLG. Dresden: JW. 1933, 468; BayObLG.: JW. 1933, 464; RG.: JW. 1934, 1913; Vogel: JW. 1933, 1633 u. a. m.). Vielmehr ist der Sinn der Rechtsmittelbeschränkung offenbar der, daß dem Angekl. das Rechtsmittel nicht schlechthin abgeschnitten sein soll, sondern daß ihm gegen eine Beschwer auch nur ein Rechtsmittel zustehen soll. Wenn daher das BG. auf die Berufung der StA. eine härtere Strafe verhängt als das Gericht des ersten Rechtszuges, so schafft es damit eine neue Beschwer des Angekl. Diesem muß dann die Anfechtung des Bll. jedenfalls insoweit gestattet sein, als die Strafe des Bll. die des erstinstanzlichen übersteigt.

II. Die Rüge der Angekl., das SchöffG. sei für die Aburteilung der Straftaten nicht zuständig gewesen, da der Abs. 2 des § 266 StGB. ein Verbrechen zum Gegenstande habe, greift nicht durch. Richtig ist zwar, daß für den Fall, daß die Straftat gegen § 266 Abs. 2 ein Verbrechen darstellte, das SchöffG. über seine Zuständigkeit hinausgegangen wäre, obwohl es nur wegen Vergehens gegen § 266 Abs. 1 verurteilt und das Vorliegen eines besonders schweren Falles verneint hat, denn für die Frage, ob das erkennende Gericht seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat (§ 328 Abs. 3 StPO.), kommt es nicht auf die persönliche Auffassung des Gerichts über seine Zuständigkeit an, sondern die Worte „mit Unrecht" sind objektiv zu verstehen (RG. 6, 314). Die Straftat gegen § 266 Abs. 2 StGB. ist aber kein Verbrechen im technischen Sinne. Die Begründung der — insbes. von Spohr (JZ. 34, 1051); Pfundtner-Neubert (Anm. zu § 263) und Schäfer-Wagner-Schafheutle (Ges. gegen gef. Gewohnheitsverbrecher, Anm. zu § 20a StGB.) vertretenen — gegenteiligen Ansicht ist nicht zwingend. Als amtliche Auslegung kann die Ansicht von Pfundtner-Neubert nicht angesehen werden. Auch kann aus der Fassung des § 20a StGB. für die Streitfrage nichts entnommen werden, denn aus ihr ergibt sich nicht, daß die jeweilige Straftat als solche schon ein Verbrechen sei, sondern nur, daß der Hang zur Begehung von Straftaten, seien es auch nur Vergehen, den Täter zu einem Gewohnheitsverbrecher i. S. dieser Best. macht; die Bezeichnung als Gewohnheitsverbrecher nötigt aber nicht zu der Annahme, damit sei nun auch die Straftat ein Verbrechen. Von Bedeutung allein ist der Umstand, daß im § 266 Abs. 2 StGB. für „besonders schwere Fälle" Zuchthaus angedroht ist (§ 1 StGB.), er kann aber nicht die Straftat zu einer selbständigen, zu einem Verbrechen erheben. Daraus, daß ein Strafgesetz für besonders schwere Fälle, die aber nicht durch neue Tatbestandsmerkmale herausgehoben sind, Zuchthausstrafen androht, kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß die an erster Stelle mit Vergehensstrafe bedrohte strafbare Handlung dadurch schlechthin, also auch dann, wenn ein besonders schwerer Fall nicht vorliegt, als Verbrechen zu beurteilen sei (RG. 60, 115; DRZ. 1926, 499). Für die Frage nun, ob wenigstens bei Vorliegen eines besonders schweren Falles die Straftat zu einem Verbrechen wird, ist von der ordentlichen Strafe auszugehen, die nach Abs. 1 des § 266 auf Gefängnis lautet. Zum Verbrechen könnte ein solcher besonders schwerer Fall eines Vergehens nur dann werden, wenn zur Erfüllung des Straftatbestandes auch ein neues Tatbestandsmerkmal gehört. Das aber ist hier nicht der Fall, § 266 Abs. 2 bringt kein neues Tatbestandsmerkmal, sondern es werden, wie auch sonst, wo das Strafgesetz für „schwere", „schwerere" und „minder schwere" oder „leichtere" Fälle einen eigenen Strafrahmen vorsieht, nicht anders als bei Zulassung mildernder Umstände nur Strafänderungsmöglichkeiten gegeben. Die Vorschrift gebietet dem Richter, in jedem Falle der Anklage aus diesem Paragraphen zu prüfen, ob nach den besonderen Umständen Zuchthaus geboten ist, wie bei Aburteilung aller Straftaten, für die mildernde Umstände vorgesehen sind, zu erwägen ist, ob solche vorhanden sind (RG. 59, 217; HöchstRRspr. 1933, 1292). Auch der Fall des § 266 Abs. 2 ist also entsprechend der normalen Strafandrohung als Vergehen anzusehen, das SchöffG. ist damit auch zur Aburteilung zuständig gewesen (s. auch Dalcke § 1 Anm. 1, § 263 Anm. 45 b).

(OLG. Naumburg (Saale), StrSen., Urt. v. 27. Febr. 1935, Ss 8/35.)
Ber. von OLGR. Hinze, Naumburg (Saale).

*

67. § 2 StraffreihG. Auch eine erlassene Strafe steht der Anwendung des Gesetzes entgegen.

Die Angekl. ist früher rechtskräftig u. a. verurteilt worden, wegen Rückfallsdiebstahls zu vier Monaten Gefängnis. Diese Strafe ist ihr nach Ablauf der ihr gewährten Bewährungsfrist am 9. Jan. 1930 erlassen worden. Die Angekl. ist jetzt vom AG. wiederum wegen Diebstahls i. R. zu einer Gefängnisstrafe von fünf Monaten verurteilt worden. Nachdem sie gegen das Urteil Berufung eingelegt hatte, hat die StrK. das Verfahren auf Grund des § 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 eingestellt. Die von der StA. eingelegte sofortige Beschwerde ist für begründet erachtet worden.

Der § 2 Abs. 1 StraffreihG. macht die Einstellung eines anhängigen Verfahrens neben anderen — im vorl. Fall gegebenen — Bedingungen davon abhängig, daß der Täter bei Begehung der Tat nicht oder nur . . . mit Freiheitsstrafen von höchstens drei Monaten vorbestraft ist. Die StrK. ist davon ausgegangen, daß dies bei der Angekl. zutreffe, weil ihr die durch das Urt. v. 13. Febr. 1925 über sie verhängte Strafe von vier Monaten Gefängnis erlassen sei und deshalb insofern eine Vorstrafe nicht vorliege. Die StrK. verkennt hierbei den Begriff der Vorstrafe i. S. des StraffreihG. Da dieser der reinen Wortbedeutung nach verschiedener Auslegung fähig ist, muß er nach dem Sinn und Zweck des StraffreihG. festgestellt werden. Wenn im § 2 Abs. 1 des Ges. die Einstellung eines Verfahrens davon abhängig gemacht wird, daß der Täter nicht oder wenigstens nicht erheblich vorbestraft ist, so tritt hierin klar zutage, daß die Gewährung der Wohltat des Gesetzes von der Würdigkeit des Täters abhängig gemacht werden soll. Von diesem Grundgedanken aus muß dann aber der Begriff „vorbestraft" dahin ausgelegt werden, daß darunter eine rechtskräftige Verurteilung zu verstehen ist, und es nicht darauf ankommt, ob der Täter die Strafe verbüßt hat oder ob sie ihm im Gnadenwege erlassen ist. Maßgebend für die Persönlichkeit des Täters ist, soweit es auf die Beurteilung seiner Würdigkeit ankommt, ob er sich eines Verstoßes gegen das Strafgesetz schuldig gemacht hat, der zu einer Verurteilung geführt hat. Es ist auch nicht der Sinn eines Straferlasses, im Gnadenwege dem Täter auch noch für später begangene Straftaten bei einer möglichen Anwendung von Amnestievorschriften besondere Vorteile zu gewähren, die demjenigen verschlossen bleiben, der eine frühere Strafe verbüßt hat. Es wäre eine mit dem Sinn des StraffreihG. nicht vereinbare Unbilligkeit, wenn derjenige, dem eine Vorstrafe erlassen und der trotzdem wieder straffällig geworden ist, hinsichtlich der Anwendung des StraffreihG. besser gestellt sein sollte als derjenige, der die gleiche Vorstrafe verbüßt hat. Vom Grundgedanken des Gesetzes aus kann man hier zu einer unterschiedlichen Bewertung nicht kommen, und diese Erwägungen führen dazu, den Begriff vorbestraft i. S. des StraffreihG. so auszulegen, wie es die Beschwerde tut.

(OLG. Naumburg (Saale), StrSen., Beschl. v. 12. Okt. 1934, W 547/34.)
Ber. von OLGR. Hinze, Naumburg (Saale).

*

Rostock

68. § 2 BrotG. v. 9. Juni 1931; § 4 VO. über die Anmeldepflicht bei Preiserhöhungen im Kleinhandel mit Brot v. 27. Febr. 1932. Verbrauchergenossenschaften sind keine Gewerbebetriebe und unterliegen nicht den Bestimmungen, denen Gewerbetreibende unterworfen sind.

Unter dem Begriff „Kleinhandel" i. S. des § 1 VO. über die Meldepflicht bei Preiserhöhungen im Kleinhandel mit Brot vom 27. Febr. 1932 ist nicht jede Abgabe von Brot in kleinen Mengen zu verstehen. Schon die Wahl des Ausdrucks „Handel" läßt darauf schließen, daß nur das Handelsgewerbe gemeint ist. Das wird

bestätigt durch den Satz 2 des ersten Absatzes des § 1 a. a. O., nach welchem die Anmeldung von Preiserhöhungen durch die örtlichen Innungen oder örtlichen Händlerverbände zu erfolgen hat. Dabei werden durch die Innungen die gewerblichen Bäckereibetriebe und durch die Händlerverbände die übrigen gewerblichen Verkaufsstellen erfaßt.

Verbrauchergenossenschaften, wie der Konsumverein in G., dessen Vorstandsmitglieder die Angekl. sind, sind keine Gewerbebetriebe. Ihr Geschäftszweck ist nicht auf Erzielung von Gewinn gerichtet. Sie unterliegen also nicht den Best., denen Gewerbetreibende unterworfen sind, also auch nicht der VO. v. 27. Febr. 1932 über die Meldepflicht bei Preiserhöhungen im Kleinhandel mit Brot. Wollte man sie übrigens dieser VO. unterwerfen, würde, da sie weder zu den Innungen noch zu den örtlichen Händlerverbänden gehören, offenbleiben, auf welchem Wege Genossenschaften Brotpreiserhöhungen anzumelden haben. Der Zweck der VO. v. 27. Febr. 1932, den Brotpreis festzulegen, wird ohnehin in vollem Umfange erreicht. Während die gewerblichen Verkaufsstellen durch die genannte VO. erfaßt werden, werden die Genossenschaften, die unter mittelbarem Staatseinfluß stehen, durch ihre Organisationen kontrolliert. Diese verschiedenartige Regelung findet ihre Rechtfertigung u. a. darin, daß einmal der Geschäftszweck der Genossenschaften, wie bereits hervorgehoben ist, nicht auf Erzielung von Gewinn gerichtet ist, zum anderen der Preis, den die Genossen in Wirklichkeit zahlen, im Hinblick auf den von der Genossenschaft gewährten Rabatt und die Gewinnbeteiligung der Genossen geringer ist als der nominell gezahlte Preis.

Daß gerade bei der Regelung der Brotabgabe usw. zwischen Gewerbetreibenden und Genossenschaften scharf unterschieden wird, ergibt sich einwandfrei aus dem Brotgesetze v. 9. Juni 1931. Im § 4 BrotG. ist ausdrücklich angeordnet, daß die Vorschr. des § 2 BrotG., die für die gewerbsmäßige Abgabe von Brot getroffen sind, auch für die Betriebe der Genossenschaften und ähnlicher Vereinigungen gelten sollen.

Die Angekl. haben sich auch nicht wegen Verstoßes gegen § 2 BrotG. strafbar gemacht. Der Konsumverein in G. hat seine Grobbrote mit einem 1500-g-Stempel versehen, während sie in Wirklichkeit 1600 g schwer waren. Durch § 2 BrotG. soll dem kaufenden Publikum die Gewähr gegeben werden, daß das Brot mindestens das auf dem Brote angegebene Gewicht hat. Dieser Zweck wird nicht dadurch gefährdet, daß das Brot schwerer ist, als es nach der Angabe auf dem Brote zu sein braucht.

Die Angekl. haben sich endlich auch nicht gegen das UnlWG. vergangen. Wenn der Konsumverein auch Grobbrote zu 1600 g geliefert hat, obwohl sie nur mit einem 1500-g-Stempel versehen waren, hat er das Brot doch noch teurer verkauft als die übrigen Bäckereien.

(OLG. Rostock, StrSen., Urt. v. 25. März 1935, Ss 7/35.)

*

Zweibrücken

69. § 172 StPO. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist bei Straftaten, welche im Wege der Privatklage verfolgt werden können, auch dann unzulässig, wenn die Staatsanwaltschaft unter stillschweigender Bejahung des öffentlichen Interesses das Verfahren aus sachlichen Gründen einstellt.

Rechtsprechung und Schrifttum sind übereinstimmend der Ansicht, daß ein Antrag auf gerichtliche Entsch. ausgeschlossen ist, soweit das Legalitätsprinzip nicht gilt und die StA. das öffentliche Interesse verneint. Wenn also die Verfolgung einer strafbaren Handlung in das Ermessen der StA. gestellt ist und diese die Erhebung der öffentlichen Klage mangels öffentlichen Interesses ablehnt, steht dem Verletzten nur die Dienstaufsichtsbeschwerde zu. Ein Antrag und eine gerichtliche Entsch. nach § 172 StPO. ist nicht zulässig.

Dagegen ist die Frage der Zulässigkeit eines derartigen Antrages dann bestritten, wenn die StA., wie hier, die Strafverfolgung nicht mangels öffentlichen Interesses ablehnte, sondern das Ermittlungsverfahren wegen eines Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung aus sachlichen Gründen einstellte.

Für die Zulässigkeit spricht sich GenStA. Dr. Lang, Hamburg: DJZ. 1926, 660 aus. Er geht davon aus, daß kein Unterschied zwischen Offizial- und Privatklagedelikt gemacht werden dürfe, wenn im letzteren Falle die StA. das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung ausdrücklich oder stillschweigend bejaht habe. Damit sei der Weg des § 172 StPO. eröffnet und das OLG. müsse eine sachliche Entsch. treffen, auch wenn es sich um ein Privatklagedelikt handelt.

Der von Dr. Lang vertretenen Ansicht schließt sich SenPräs. i. R. Dr. Grisebach, Hamburg: DJ. 1935, 266 und 267 an. Er führt aus, der richtige Standpunkt sei, daß die StA., wenn sie davon absehe, den Anzeigenden auf den Weg der Privatklage zu verweisen, und auf die Sache selbst eingehe, damit das öffentliche Interesse stillschweigend bejahe, und daß dann der Weg des § 172 StPO. gegeben sei. Das HansOLG. habe sich ebenfalls Dr. Lang angeschlossen und seine frühere gegenteilige Ansicht aufgegeben. Das kommt allerdings in dem Beschluß dieses Gerichts v. 30. Juni 1934: DJ. 1935, 265 nicht recht klar zum Ausdruck. Zunächst wird ausgeführt, daß auch bei Privatklagedelikten der Rechtsbehelf des § 172 StPO. gegeben sei, wenn die StA. das Verfahren aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen eingestellt habe. In den weiteren Gründen wird aber dann gesagt, der Schutz des § 172 StPO. sei nur in den Fällen erforderlich, in welchen nach den bestehenden gesetzlichen Best. die Erhebung der Klage allein durch die StA. möglich ist. Der Beschluß enthält insofern einen Widerspruch, auf welchen auch Dr. Grisebach hinweist.

Der überwiegende Teil der Rspr. spricht sich aber gegen die Zulässigkeit aus. Hier sind zunächst die Beschlüsse des OLG. Marienwerder v. 24. Aug. 1893 und 7. Juni 1898: GoltdArch. 41, 299; 46, 145 sowie die strafprozessualen Entsch. der OLG. I, 414 und 416 zu erwähnen. In der letzteren Entsch. ist gesagt: „Es ist herrschende Meinung in Theorie und Praxis, daß der § 172 jedenfalls dann nicht Anwendung findet, wenn die StA. die Klageerhebung wegen Mangels des Vorhandenseins eines öffentlichen Interesses ablehnt. Dasselbe muß aber auch gelten, wenn, wie vorliegend, die Ablehnung der Erhebung der öffentlichen Klage auf einen anderen Grund als den Mangel des öffentlichen Interesses gestützt ist."

In der gleichen Weise spricht sich das KG. in seinem Beschluß v. 28. Dez. 1909: GoltdArch. 57, 413 aus; ebenso das OLG. Stuttgart in seinem Beschluß v. 1. April 1926 (DRZ. = Rspr. 1926, 160 Nr. 543); das OLG. Kassel in seinem Beschluß v. 25. Jan. 1929 (JW. 1929, 1080); das KG. weiter in seinem Beschluß vom 30. Jan. 1930 (JW. 1930, 1101) und das OLG. Karlsruhe in seinem Beschluß v. 28. Dez. 1932 (JW. 1933, 1610).

Das OLG. Zweibrücken schließt sich den vorgenannten Entsch. an und verneint demgemäß im vorl. Fall die Zulässigkeit des Antrags auf gerichtliche Entsch. nach § 172 StPO. Es muß grundsätzlich daran festgehalten werden, daß die Vorschrift des § 172 StPO. bezweckt, die Durchführung des Legalitätsprinzips zu sichern. Sie ist daher nur insoweit anwendbar, als sich das Anklagemonopol der StA. erstreckt. Ist der Verletzte in der Lage, seine Rechte ohne Mitwirkung der StA., also wie hier im Wege der Privatklage, zu verfolgen, so bedarf er nicht des Schutzes des § 172 StPO. Es ist nun allerdings nicht zu verkennen, daß der Verletzte in dem von der StA. durchgeführten Verfahren besser gestellt ist als im Privatklageverfahren. Im ersteren Falle kann er als Zeuge auftreten und damit seine Sache wirksam unterstützen. Dieser Gesichtspunkt ist aber nicht durchschlagend. Sonst müßten alle strafbaren Handlungen von Amts wegen verfolgt werden.

(OLG. Zweibrücken, StrSen., Beschl. v. 14. März 1935, StrPrReg. 1/35.)

Ber. von OLGR. Seelos, Zweibrücken.

Landgerichte: Zivilsachen

Berlin

70. §§ 9, 115 ZwVerstG. Auch der nur persönliche Anspruch auf Rückübertragung einer fiduziarisch übertragenen Grundschuld berechtigt den Zedenten zum Widerspruch gegen den Verteilungsplan gemäß § 115 ZwVerstG.

Im Zwangsversteigerungsverfahren über ein Grundstück hatte die Gläubigerin die auf ihren Namen lautende Grundschuld Abt. III Nr. 12 in voller Höhe von 36 000 *RM* angemeldet und hatte im Verteilungsplan eine entsprechende Zuteilung erhalten. Der BeschwF. erhob gegen die Zuteilung von mehr als 25 190 *RM* Widerspruch und verlangte Zuteilung von 2433,23 *RM* an ihn mit dem Range der Post Abt. III Nr. 12 mit der Begründung, daß die genannte Grundschuld der Gläubigerin nur fiduziarisch für ein ihm gewährtes Darlehn abgetreten worden sei, also auch nur in Höhe des Darlehnsbetrages im Verteilungsverfahren berücksichtigt werden könne, während der Rest des auf die Grundschuld entfallenden Versteigerungserlöses von 2433,23 *RM* dem BeschwF. zustehe. Der Versteigerungsrichter erklärte den Widerspruch für unbeachtlich mit der Begründung, daß dieser Anspruch aus dem Grundbuche nicht ersichtlich, auch nicht ausreichend glaubhaft gemacht sei und der Widersprechende insoweit nicht als Beteiligter anzusehen sei. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschw. mit dem Antrage, den Widerspruch des BeschwF. gegen den Verteilungsplan für zulässig zu erklären. Die Beschw. ist begründet.

Gegen den Verteilungsplan kann Widerspruch nur erheben, wer Beteiligter i. S. des § 9 ZwVerstG. ist. Insoweit hat der

BeschwF. durch das Schreiben v. 28. März 1930 in Verbindung mit seinen eigenen Angaben glaubhaft gemacht, daß er die briefslose Grundschuld Abt. III Nr. 12, aus der die Gläubigerin einen Anspruch von 36 000 *RM* nebst Zinsen und Kosten angemeldet hat, an diese Gläubigerin als Sicherheit für ein mit 10% verzinsliches Darlehn von 8000 Dollar amerikanischer Währung abgetreten hat, daß es sich also um eine fiduziarische Übertragung der Grundschuld handelt, und daß er bzgl. des nicht ausgenutzten Teiles der Post einen persönlichen Anspruch auf Rückübertragung der Grundschuld hat. Insoweit ist der BeschwF., wenn ihm auch nur ein obligatorischer Anspruch zusteht, zum Widerspruch gem. § 115 ZwVerstG. berechtigt (so RG.: DJZ. 1928, 1266; Reinhardt-Müller, Handausgabe, Anm. 4b zu § 9). Da das nach dem Schreiben der Gläubigerin v. 28. März 1930 in nordamerikanischer Währung gegebene Darlehn im Inlande zurückzuzahlen ist, und die Zahlung der 8000 Dollar nach der Auslegungsregel des § 244 BGB. in Reichswährung erfolgen kann, hat der BeschwF. jedenfalls glaubhaft gemacht, daß der Gläubigerin im Zeitpunkte der Verteilung unter Berücksichtigung des Dollarkurses von 2,49 *RM* nur ein Anspruch auf Zahlung eines Kapitals von 20 000 *RM* nebst 10% Zinsen hiervon für die Zeit vom 29. Mai 1932 bis 7. Nov. 1934 von 4390 *RM* zuzüglich 800 *RM* Gerichts- und Anwaltskosten, also insgesamt ein Anspruch auf Zahlung von 25 190 *RM* zugestanden hat, und daß er in Höhe des diesen Betrag übersteigenden Teiles von 2433,23 *RM* der für die Gläubigerin eingetragenen Grundschuld Abt. III Nr. 12 einen Anspruch auf Rückübertragung hat, der ihn zum Widerspruch gem. § 115 ZwVerstG. berechtigt. Der vom AG. zu Unrecht für unbeachtlich erklärte Widerspruch des BeschwF. hinsichtlich des von ihm beanspruchten, der Gläubigerin zugeteilten Teilerlöses von 2433,23 *RM* ist deshalb für zulässig zu erklären.

(LG. Berlin, 1. ZK., Beschl. v. 4. Jan. 1935, 201 T 16325/34.)
Ber. von RA. Dr. Behnisch, Berlin.

*

Dresden

71. Ist in einer Verfügungssache durch Urteil entschieden, so kann ein erneutes Begehren nicht aus Tatsachen hergeleitet werden, die schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorlagen, auch nicht in Verbindung mit weiterer Glaubhaftmachung; auf Verschulden kommt nichts an. †)

Das AG. hat den erneuten Verfügungsantrag abgelehnt, weil ein früherer auf gleiche Tatsachen und gleiche Glaubhaftmachung gestützter Verfügungsantrag bereits durch rechtskräftiges Urteil zurückgewiesen sei. Der BeschwF. nimmt für sich in Anspruch, weitere Glaubhaftmachung erbracht zu haben bzw. mit der Beschw-Begr. zu erbringen, und hält überdies die amtsgerichtliche Auffassung grundsätzlich für nicht zutreffend; bei Arresten und Verfügungen seien Wiederholungen von Gesuchen schlechthin zulässig.

Das BeschwG. gibt jedenfalls dann, wenn die Verfügungsentsch. auf Grund mündlicher Verhandlung durch Urteil erfolgt ist, der Wiederholung des Gesuchs oder einem Aufhebungsantrage auf Grund von Tatsachen, die schon im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorlagen, sei es auch in Verbindung mit weiterer Glaubhaftmachung, keinen Erfolg.

Die Meinungen in dieser Frage sind geteilt; beinahe jede Möglichkeit wird vertreten (vgl. im besonderen Stein, 1934, Anm. VI zu § 922 ZPO. und RGZ. 33, 415—421, bes. S. 420).

RGZ. 33, im Gegensatz zu Stein a. a. O., läßt die Wiederholung selbst auf Grund der gleichen Tatsachen zu, wenn nur eine neue Glaubhaftmachung vorliegt. Die einfache Wiederholung des früheren Gesuches genügt dem RG. nicht. Aber im übrigen beachtet es entscheidend, daß § 920 Abs. 2 ZPO., der sich über die Form des Gesuches ausläßt, Glaubhaftmachung von Anspruch und Arrestgrund verlangt. Diese Glaubhaftmachung gehöre also zur Begr. des Gesuches. Ein auf andere Glaubhaftmachung gestütztes sei daher als ein auf neuer Begr. beruhendes Gesuch anzusehen, demgegenüber Rechtskraft nicht eingewandt werden könne. Diese prozessuale Bedeutung der Glaubhaftmachung weise einen Unterschied zu Beweisantritt und Beweiserhebung insofern auf, als die Beweismittel keinen Bestandteil des Klagegrundes bilden.

Da, soweit dem BeschwG. bekannt, eine neuere Ansicht des RG. zu dieser Frage nicht geäußert ist und auch im übrigen von einer herrschenden Meinung, der aus Gründen der Rechtssicherheit beizutreten wäre (vgl. DRZ. Rspr. 1935, 21 Nr. 21), nicht gesprochen werden kann, erscheint es dem BeschwG. angebracht, seine Bedenken gegenüber der reichsgerichtlichen Auffassung zum Ausdruck zu bringen.

Durch die Best. des § 920 Abs. 2 ZPO. wird die Glaubhaftmachung nicht zum Verfügungsgrund, wie das RG. annimmt. Arrest- bzw. Verfügungsgrund sind geregelt in §§ 917, 935, 940 ZPO. Dem § 920 Abs. 2 ZPO. kommt schon insofern keine entscheidende Bedeutung zu, als nach § 921 Abs. 2 ZPO. von der Glaubhaftmachung abgesehen werden kann. In den grundsätzlichen Vorschr. über das Verfahren bis zum Urteil finden sich in §§ 282 ff. ZPO. grundsätzliche Beweisvorschr. Sie beantworten die aus § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. sich ergebende Frage, wie der vorgetragene Grund des erhobenen Anspruchs zur Anerkennung zu bringen ist. Die Best. des § 920 Abs. 2 ZPO. beantwortet die entsprechende Frage im Hinblick auf die §§ 917, 935, 940 ZPO.; dabei muß sie die Glaubhaftmachung schon im Gesuche verlangen, da ohne Verhandlung und Gehör entschieden werden kann; sie wäre im übrigen überflüssig, weil schon die §§ 282 ff. ZPO. die notwendige Ergänzung brächten, wenn eben nicht der Gesetzgeber gegenüber den Beweisvorschr. hier Erleichterungen schaffen wollte. Das ist der wesentliche Zweck der Vorschr. des § 920 Abs. 2 ZPO., und es erscheint nicht möglich, die vorl. Streitfrage mit diesem Ausgangspunkte befriedigend zu beantworten.

Das Gesetz läßt hier eine Lücke. Bei der Vielgestaltigkeit der in Betracht zu ziehenden rechtlichen Konstruktionen wird es in besonderem Maße angebracht sein, neben den aus dem Gesetz zu entnehmenden konstruktiven Gedanken die Erfordernisse des Lebens in ihrer besonderen Hervorkehrung durch die Gebote des neuen Staates zu beachten.

Wirtschaftlich kann ein Arrest oder eine Verfügung von genau der gleichen Tragweite sein wie eine in innere Rechtskraft erwachsende Entsch. Deshalb sind die in mündlicher Verhandlung vor sich gehenden Verfügungsstreitigkeiten regelmäßig von dem gleichen Eifer getragen und Ausdruck der gleichen wirtschaftlichen Belange wie diejenigen im ordentlichen Verfahren. Wenn dann eine Partei, nachdem sie mit höchster Gewissenhaftigkeit sich am Verfahren beteiligt hat, den Bestand ihres Obsiegens doch schon unmittelbar und stets erneut in Frage gestellt sehen müßte, weil jederzeit der Gegner nachträglich frühere Tatsachen neu oder auch nur eine neue Glaubhaftmachung bringen kann, gleichgültig ob als unterlegener Verfügungskl. in einem neuen Antrag oder als unterlegener Bekl. in einem Aufhebungsantrag wegen „veränderter Umstände" gem. § 927 ZPO., so würde die den einstweiligen Maßnahmen des Arrestes und der Verfügung sowieso schon innewohnende Unsicherheit außerordentlich verstärkt. Dann würden Arrest und Verfügung, vom Gesetzgeber als Mittel einstweiliger Sicherung gedacht, tatsächlich zu einem Anlaß von Unsicherheit, die, je nach dem einzelnen Fall und den in Frage stehenden wirtschaftlichen Werten, erhebliche Gefahren in sich schlösse. Aufs Ganze gesehen, erscheint es eher erträglich, eine an sich angebrachte Sicherung oder angebrachte Aufhebung zu versagen und denjenigen, dem die rechtzeitige Glaubhaftmachung oder ihre Entkräftung nicht gelang, diesen Mißerfolg tragen zu lassen als einen der Mißerfolge, denen das Leben den Menschen nun einmal unterwirft, als eine solche allgemeine Unsicherheit zuzulassen.

Mit dieser Auffassung entspricht das BeschwG. dem Rechtssicherheitsgebote des neuen Staates im Vorwort des zivilprozessualen Gesetzes v. 27. Okt. 1933. Nicht nur für die jeweiligen Parteien entfällt ein Moment der Unsicherheit, sondern es werden Arrest und Verfügung schlechthin in ihrer Eigenschaft als verfahrensrechtliche Einrichtungen von einer Eigenschaft freigehalten, die ihren Wert mindern würde.

Im angeführten Gesetz ist auch die Notwendigkeit der Beschleunigung betont. Die Verfahrensbeschleunigung aber ist danach nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck, um eine volksnahe Rspr. zu gewährleisten. Für den Volksgenossen, dessen wirtschaftliches Geschick sich oft in kurzen Zeitspannen entscheidet, ist wichtig, daß er so schnell wie möglich über Anspruch und Belastung eine möglichst weitgehende Klarheit gewinnt. Mit der dem Arrest- bzw. Verfügungsentsch. im Hinblick auf das Hauptverfahren innewohnenden Unsicherheit muß er sich abfinden. Aber nicht einmal wenigstens die Sicherheit zuzulassen, daß auf Grund des bisherigen objektiven Sachstandes an dem Verfügungsurteil durch ein neues Verfügungsverfahren nichts mehr geändert werden kann, das stünde im Widerspruch zu dem im Beschleunigungsgebote ausgedrückten gesetzgeberischen Willen.

Zum überfluß zeigt der vorl. Fall, welche besonderen Schwierigkeiten sich aus der Anwendung der reichsgerichtlichen Auffassung ergeben können. Denn nach dieser müßten im vorl. Falle erst besondere Ermittlungen darüber angestellt werden, ob, wie das AG. meint, ein zwar anders aufgebautes, aber inhaltsgleiches Gesuch vorliegt. Im besonderen erscheint es auch nicht angebracht, das Nachschieben alter Tatsachen oder neuer Glaubhaftmachungen auf Verschulden oder Nichtverschulden früheren Vorbringens hin zu prüfen. Das auf rasche Abwicklung abgestellte Arrestverfahren würde dadurch nur eine Belastung erfahren.

Diese Erwägungen werden nicht dadurch entkräftet, daß das RG. seit der Entsch. RG. 33 keine andere Meinung geäußert hat. Denn Anlaß hierfür dürfte die Tatsache sein, daß im Volke diese Rspr. nicht bekannt und statt dessen aus den allgemein bekannten

Vorgängen des ordentlichen Verfahrens her die Einstellung vorhanden ist, daß mit der formellen Rechtskraft aus den bisherigen Verhältnissen eine anderweite Entsch. nicht mehr hergeleitet werden kann. Würde die Auffassung des RG. in weiten Kreisen bekannt und angewandt, so würden zahllose sich automatisch an den Zeitpunkt der äußeren Rechtskraft anschließende neue Anträge gestellt werden; denn dann würde die Behauptung der Unwahrheit eines gegnerischen Vorbringens, erhärtet durch ein neugebrachtes Mittel der Glaubhaftmachung bzw. Gegenglaubhaftmachung, genügen, um stets von neuem den gleichen Streit zu beginnen; auch die bestbegründete Entsch. ist in ihrer geistigen Wirkung begrenzt durch die menschlichen Eigenschaften der Uneinsichtigkeit, der Streitsucht usw. Die Praxis würde sehr bald zu einer anderweiten Auffassung zwingen. Diesen Folgen gegenüber erscheint es als ein bei weitem geringeres Übel, daß mit einem neuen Verfügungsantrag selbst dann nicht geholfen werden kann, wenn die Beweisführungen des ordentlichen Verfahrens inzwischen die fehlende Glaubhaftmachung erbringen können; sehr oft wird dann auch der Zeitpunkt des Urteils im ordentlichen Verfahren nahe bevorstehen, im besonderen heute, wo der neue Staat in aller Eindringlichkeit die Beschleunigung fordert.

In dem hier entwickelten Sinne ist also auch im Hinblick auf ein über den Sicherungsanspruch ergangenes Verfügungsurteil zu verfahren, als gäbe es neben der äußeren auch eine innere Rechtskraft. Für die Ermittlung der zeitlichen Grenze ergibt die Best. des § 767 Abs. 2 ZPO. einen genügenden Anhalt; sie ist auf ein Verfahren mit mündlicher Verhandlung zugeschnitten, und gerade diesen Fall behandelt die vorl. Entsch. des BeschwG.

Deshalb ist die Beschw. zurückzuweisen.

Sollte der BeschwF. dadurch eine harte Belastung erfahren, so muß er diese der allgemeinen Rechtssicherheit wegen in Kauf nehmen. Das ist die rechtspolitische Anwendung des Gemeinnutzgedankens.

(LG. Dresden, 18. ZK., Beschl. v. 16. Febr. 1935, 18 T 157/35.)

Ber. von LGR. Dr. Scheld, Dresden.

Anmerkung: Die Entsch. ist von erheblicher und prinzipieller Bedeutung. M. E. kann ihr jedoch weder im Ergebnis noch in der Begr. beigestimmt werden.

Die vom RGZ. 33, 415 vertretene Ansicht, daß auch durch Urteile zurückgewiesene Arrestgesuche auf Grund der früheren Tatsachen, aber mit verbesserter Glaubhaftmachung wiederholt werden dürfen, muß als die auch heute noch weitaus herrschende Meinung angesehen werden (so Sydow-Busch, 20. Aufl., Bem. 3 zu § 920 ZPO.; KG.: Warn. 10, 79; JW. 1901, 129[30]; Seuffert, 12. Aufl., Bem. II 2f. zu § 922 ZPO.). Stein-Jonas (15. Aufl., Anm. VI zu § 922 ZPO.) schränken sie lediglich dahin ein, daß sie die Darlegung einer neuen Arrestgefahr auf Grund neuer, früher nicht vorgelegener Tatsachen verlangen und eine bloße Ergänzung der Glaubhaftmachung schon früher vorgebrachter Tatsachen als nicht genügend ansehen. M. E. verkennt dieser Standpunkt sowohl das Wesen der Rechtskraft als auch die Sonderstellung des Arrestverfahrens. Das RG. hat in seiner grundlegenden Entsch. diese Merkmale überzeugend herausgearbeitet. Hiernach sind die Entsch. in den Verfahren über den Erlaß von Arresten und EinstwVfg., mögen sie in Beschluß- oder Urteilsform ergehen, ihrem besonderen Wesen nach immer nur Maßregeln von vorübergehender Bedeutung, die von vornherein nicht die Schaffung eines definitiven Rechtszustandes bezwecken. Solche Entsch. bestimmen nur, ob die begehrten Maßnahmen vorläufig als statthaft oder nicht statthaft zu erachten sind. Hieraus ergibt sich notwendig eine im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren beschränkte Tragweite der materiellen Rechtskraft dieser Entsch. (so auch schon RGZ. 24, 370). Nur einem erneuten, gänzlich unveränderten Gesuch würde die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache mit Erfolg entgegengehalten werden können. Im übrigen aber gehört die Glaubhaftmachung der arrestbegründenden Tatsachen zur Begründung des Gesuches. Ein materieller Rechtsanspruch ist überhaupt nicht im Streit befangen, sondern lediglich ob zur Sicherung eines Anspruches oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes vorläufige prozessuale Maßnahmen stattfinden sollen. Auch Stein-Jonas a. a. O. führen aus, daß die Abweisung eines Arrestgesuches keine Rechtskraft in bezug auf den Anspruch selbst begründe. Ihre im übrigen abweichende Ansicht begründen sie damit (Anm. II 2 zu § 945 ZPO.), daß es sich im Arrestverfahren zwar nur um eine vorläufige Maßregel, aber um eine endgültige Entsch. hierüber handele. Ob man diese Bindung Rechtskraft nennen wolle, sei gleichgültig, jedenfalls sei sie ihr wesensgleich. Ich kann dieser etwas dunklen und jedenfalls rein theoretischen Begr. nicht beistimmen. Der Standpunkt des RG. entspricht m. E. vielmehr den Erfordernissen des praktischen Lebens, weil er elastisch ist und nicht gebannt durch den Begriff der unumstößlichen Rechtskraft einer Entsch., wenn sie nur die Überschrift „Urteil" trägt.

Was das LG. Dresden hiergegen vorbringt, ist nicht überzeugend. M. E. geht aus § 920 Abs. 2 ZPO. klar hervor, daß die Glaubhaftmachung des Arrestgrundes zur Begr. des Gesuches gehört. Ein Vergleich mit den für das Beweisverfahren des ordentlichen Prozesses geltenden Vorschr. ist wegen der Sonderstellung des Arrestverfahrens nicht zulässig. Daß die Glaubhaftmachung durch Sicherheitsleistung ersetzt werden kann, zwingt keineswegs zu einer anderen Auffassung.

Auch die Ausführungen, mit denen das LG. Dresden seine Ansicht unter Berufung auf die Gebote des neuen Staates zu begründen sucht, können einen mit den Lehren nationalsozialistischer Rechtsauffassung vertrauten Juristen nicht überzeugen. Das LG. verwechselt hier scheinbar die Begriffe Rechtssicherheit und Gesetzessicherheit. Von beiden geht der erstere dem letzteren vor, wie über dem Gesetz dort, wo es der Auslegung fähig und bedürftig ist, stets das Recht steht. Der Nationalsozialismus fordert den inneren Rechtsfrieden statt des bloßen äußeren Gesetzesfriedens des Liberalismus (Frank, NSHandbuch für Recht und Gesetzesgebung S. 935 u. 939). Es ist auch von den Wegbereitern nationalsozialistischer Rechtserneuerung stets betont worden, daß materielles Unrecht niemals durch die Berufung auf die angeblichen Erfordernisse der Gesetzessicherheit gerechtfertigt werden könne. Im übrigen will in dem vorl. Falle das LG. ja gerade eine bestehende Gesetzessicherheit umstoßen. Im Gegensatz zu der Meinung des LG. ist es vielmehr ebenso feststehende wie bekannte Praxis, daß Arrestgesuche mit besserer Begr. bzw. Glaubhaftmachung erneut angebracht werden können. Da die streitige Frage bis auf die abweichende Meinung von Stein-Jonas in der Praxis längst als ausgetragen angesehen werden muß, versagt auch die Berufung des LG. auf die Entsch. in DRZ. Rspr. 1935, 21 Nr. 21. Die vorl. Entsch. ist vielmehr geeignet, Unsicherheit in eine bisher feste Gesetzesauslegung hineinzutragen.

Im übrigen verwechselt die Entsch. aber auch die für die Volksgesamtheit notwendige Rechtssicherheit mit den subjektiven Belangen des einzelnen. Ich kann es wirklich nicht verstehen, wieso es ein Gebot der rechtlichen oder wirtschaftlichen Sicherheit sein sollte, eine Arrestpartei, die sich materiell im Unrecht befindet, zu schützen, weil bereits einmal eine Entsch. zu ihren Gunsten gefallen war, und daß es Rechtens sein soll, demjenigen, dem endlich die Glaubhaftmachung eines wohlbegründeten Arrestgesuches gelungen ist, den Rechtsschutz zu versagen, weil er gegenüber einem vielleicht gerissenen Gegner in einem früheren Verfahren das notwendige Material zur Glaubhaftmachung noch nicht beizubringen vermochte. Ein derartiges Verfahren würde im Volke gewiß mit Recht nicht verstanden und gebilligt werden.

Ist schon im ordentlichen Verfahren das Problem der Rechtskraft materiell unrichtiger Entsch. zwar im höchsten Maße unbefriedigend, aber hier tatsächlich aus dem Grunde der äußeren nicht Rechts- aber Entscheidungssicherheit wohl nie ganz auszumerzen, so muß seine Übertragung auf ein Gebiet, auf dem es bisher glücklicherweise keine Rolle spielte, doch wohl entschieden abgelehnt werden. Derjenige einzelne, den die Entsch. des LG. Dresden schützen will, ist dieses Schutzes nicht bedürftig, wenn auch das erneute Gesuch unbegründet ist. Und er ist dieses Schutzes nicht würdig, wenn es begründet ist.

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

Landgerichte: Strafsachen

Karlsruhe

72. § 10 Abs. 1 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934. **Kein Beschwerderecht des Verletzten, falls er nicht nebenklageberechtigt ist.**

M. hatte Strafanzeige gegen N. wegen Betruges erstattet. StA. erhob Anklage. AG. stellte auf Grund des — inzwischen ergangenen — Ges. v. 7. Aug. 1934 ein, mit Nachricht an den Angeschuldigten und Zustellung gem. § 41 StPO. an die StA. Die StA. erhob keine Einwendung. Wohl aber legte M. als durch den angeblichen Betrug Verletzter sofortige Beschw. ein.

Mangels Zustellung der Einstellungsverfügung an den Anzeigenden ist eine sofortige Beschw. an sich noch möglich, da die Frist gegen ihn noch nicht zu laufen begonnen hat. Sie ist aber unzulässig.

Für die Beschw. gilt wie für alle Rechtsmittel der Grundsatz, daß sie nur den Prozeßbeteiligten zusteht. Dazu gehören die StA., der Beschuldigte, der Privatkläger, der Nebenkläger, ferner die in den §§ 297, 298, 432, 429 StPO., § 381 RAbgO. Genannten, nicht aber der Anzeigende oder Verletzte.

Dieser kann freilich zum Prozeßbeteiligten werden, wenn er Nebenklage zu erheben berechtigt ist (§§ 395, 403 StPO.). Diese Voraussetzung liegt hier aber nicht vor. Ein Beschwerderecht ist auch nicht ableitbar aus § 304 Abs. 2 StPO., wonach Zeugen usw. und andere Personen gegen Beschlüsse und Verfügungen, durch die sie betroffen werden, Beschw. erheben können. Denn dieses Beschwerderecht setzt voraus, daß eine gerichtliche Maßnahme unmittelbar auf ihre Rechte einwirkt. Wenn der Beschluß nach § 204 StPO., durch den die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt wird, wegen seiner Ähnlichkeit mit dem Gerichtsbeschluß, der ein Verfahren auf Grund der Amnestie einstellt, zur Stütze der andersartigen Auffassung herangezogen wird, so gilt auch für ihn, daß Anzeigender und Verletzter kein Beschwerderecht haben, wenn sie nicht Nebenkläger sind. In Übereinstimmung mit den erörterten Grundsätzen bestimmt § 10 Abs. 1 S. 1, Ges. v. 7. Aug. 1934, daß über die Einstellung des Verfahrens auf Antrag der Beteiligten das Gericht entscheidet. Der Begriff des „Beteiligten" ist hier der gleiche wie sonst im Strafprozeß (z. B. in § 335 Abs. 3 StPO.). Auch hier kann der Anzeigende die Entsch. des Gerichts nur dann anrufen, wenn er der Verletzte ist und ein Nebenklagerecht hat (Busch-Schäfer-Wichards, StraffreihG. v. 20. Dez. 1932, Anm. 3 b zu dem gleichlautenden § 10 dieses Gesetzes). Wenn aber nur ein „Beteiligter" die Entsch. des Gerichts anrufen kann, so kann gegen die Entsch. des Gerichts erst recht auch nur ein solcher Beteiligter die sofortige Beschw. einlegen.

(LG. Karlsruhe, 3. StrK., Beschl. v. 14. Dez. 1934, 3 SL 65/34.)

Ber. v. AGR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

Sondergerichte

Schwerin

73. Art. 137 RVerf.; VO. zum Schutz von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933; MecklBek. v. 5. Aug. 1933. Rechtsgültigkeit des Meckl. Verbots des Vereins ernster Bibelforscher. †)

Auf Grund der VO. v. 28. Febr. 1933 hat das MecklbSchw. MdJ. durch RdVfg. an die Polizeibehörden v. 10. April 1933 u. a. den Verein ernster Bibelforscher verboten und am 5. Aug. 1933 im RegBl. für MecklbSchw. eine Bek. des Inhalts erlassen, daß von den an die Polizeibehörden gerichteten RdVfg. u. a. das Verbot des Vereins ernster Bibelforscher noch Geltung hat und daß jede Betätigung i. S. des Vereins ernster Bibelforscher strafbar ist.

Die neun Angekl. sind bis zum Verbot Mitglieder der Internationalen Vereinigung ernster Bibelforscher bzw. eines Zweiges dieser Vereinigung, der sogenannten „Zeugen Jehovas" gewesen. Ihnen wird zur Last gelegt, in den Jahren 1934/35, insbes. am 7. Okt. 1934, in Mecklbg. dem Verbot zuwider gehandelt zu haben, und zwar u. a. dadurch, daß sie der brieflichen Aufforderung des amerikanischen „Richters" Rutherford, das Verbot nicht zu beachten, sich zu versammeln und bei der Reichsregierung um Aufhebung des Verbots einzukommen, nachgekommen sind. Durch die bereits erwähnte Meckl. Bek. v. 5. Aug. 1933 ist der Verein ernster Bibelforscher und jede Betätigung i. S. dieses Vereins verboten. Bei diesem Wortlaut ist insofern eine Ungenauigkeit unterlaufen, als offenbar das Verbot nicht oder nicht lediglich gegen den aus wenigen — etwa zwölf — Personen bestehenden Verein der ernsten Bibelforscher mit dem Sitze in Magdeburg gerichtet sein sollte. Denn ein derartiges Verbot, für welches in Mecklenburg keinerlei Bedürfnis bestand, wäre völlig zwecklos gewesen. Von dem Verbot betroffen werden sollte vielmehr die gesamte Organisation der ernsten Bibelforscher, insbes. auch die in Deutschland bestehenden Zweigorganisationen der Internationalen Vereinigung ernster Bibelforscher, zu denen auch die „Zeugen Jehovas" gehören. Dieser Inhalt des Verbots ergibt sich aus dessen sinngemäßer Auslegung und aus dem Vergleich mit den in anderen deutschen Ländern getroffenen Anordnungen. Daß dies der Inhalt des Verbotes war, dessen waren sich auch die Angekl. bewußt, die immer wieder betonen, daß sie sich nach dem Verbot nicht mehr i. S. dieser Organisation betätigt hätten, damit also zugeben, daß sie das Verbot auch als gegen die Organisation gerichtet betrachtet haben.

Was unter Betätigung i. S. der verbotenen Vereinigung zu verstehen ist, ist in der Bek. v. 5. Aug. 1933 nicht ausgeführt. Das Sondergericht hat in einem früheren ihm zur Entsch. vorl. Falle bereits dargelegt, daß solche Betätigung nicht schon allein darin erblickt werden könne, daß sich gelegentlich einige frühere Mitglieder gegenseitig als Freunde besuchten, auch wenn zuweilen hierbei Bibelverlesungen und Bibelauslegungen stattfinden, daß aber andererseits solche Betätigung sowohl in der Fortführung der Organisation als solcher in der Zahlung von Beiträgen, Werbung von Mitgliedern, Veranstaltung von Versammlungen, Verteilen von Zeitschriften usw. als auch darin gesehen werden könne, daß ein aus früheren Mitgliedern bestehender Kreis sich mehr oder weniger häufig zusammenfindet, um den Zusammenhalt aufrechtzuerhalten. Bei Anwendung dieses Grundsatzes, an dem das Sondergericht festhält, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sich die Angekl. i. S. der verbotenen Organisation betätigt haben. Denn sie haben ihren Willen, den Zusammenhang zwischen den früheren Mitgliedern aufrechtzuerhalten und die verbotene Organisation insgeheim fortzusetzen, dadurch betätigt, daß sie sich gemeinsam mit anderen Glaubensgenossen zu einem von dem Gesamtleiter der Organisation bestimmten Zeitpunkt versammelten, zum Teil auch diese Zusammenkünfte dadurch vorbereiteten, daß sie ihren Glaubensgenossen Zeit und Ort derselben mitteilten und bei diesen Zusammenkünften den Brief Rutherfords, der bestimmte Weisungen an die in Deutschland wohnenden „Zeugen Jehovas", insbes. die staatsfeindliche Anweisung, sich über die in Bezug auf die Vereinigung ernster Bibelforscher ergangenen staatlichen Anordnungen hinwegzusetzen und die Lehre dieser Vereinigung weiterzuverbreiten, enthielt, vorlasen oder bekanntgaben.

Seitens der Verteidigung ist geltend gemacht, daß die Mecklb. Bek. v. 5. Aug. 1933 aus zwei Gründen der Rechtswirksamkeit entbehre, und zwar sowohl deshalb, weil sie im Widerspruch zu Art. 137 WeimVerf. stände, als auch aus dem Grunde, weil sie lediglich eine Aufzählung der noch in Geltung befindlichen tatsächlich aber mangels öffentlicher Bek. rechtsunwirksamen Anordnungen des MecklbMdJ. enthalte. Dieser Auffassung hat sich das Sondergericht nicht anschließen können. Was zunächst den zweiten von der Verteidigung geltend gemachten Grund anbetrifft, so ist es richtig, daß die ursprünglichen Anordnungen des MdJ. der Rechtswirksamkeit entbehrten, weil sie sich lediglich an die Polizeibehörden richteten und nur diesen bekanntgegeben waren. Sie wären auch nicht dadurch wirksam geworden, daß durch eine ordnungsmäßig veröffentlichte Bek. lediglich in aufzählender Form ein Hinweis auf die noch in Geltung befindlichen Anordnungen erfolgt wäre. So liegt es hier aber nicht. Zwar enthält die Bek. unter Ziff. 1 unter Bezugnahme auf früher ergangene Anordnungen eine Aufzählung der verbotenen Verbände und Organisationen, sie gibt aber darüber hinaus den wesentlichen Inhalt der früheren Anordnungen wieder und enthält in einer aus sich selbst heraus verständlichen Form alles für ein Verbot Erforderliche, so daß sie trotz der Bezugnahme auf frühere Anordnungen als selbständiges Verbot anzusehen ist.

Über die Frage der Verfassungswidrigkeit eines — auch in anderen deutschen Ländern, insbes. auch Preußen — ergangenen Verbots der Vereinigung ernster Bibelforscher sind in der letzten Zeit von verschiedenen Gerichten entgegenstehende Entsch. getroffen. Darüber, daß es sich bei dieser Vereinigung um eine Religionsgesellschaft handelt, kann ein Zweifel kaum noch bestehen. Trotzdem aber steht dem Verbot nach der Ansicht des Sondergerichts der Art. 137 RVerf. nicht entgegen. Das Hanseatische Sondergericht hat in dem Urt. v. 15. März 1935 (38. SondGer. 75/35) mit ausführlicher und durchaus überzeugender Begr. dargelegt, daß die WeimVerf. als solche nicht mehr existiert, daß die in ihr enthaltenen Rechtsnormen auch als einfache Rechtssätze über den Zeitpunkt der Errichtung des Dritten Reiches hinaus jedenfalls insoweit nicht von Bestand geblieben seien, soweit sie mit der nationalsozialistischen Staatsauffassung unvereinbar seien, und daß insbes. der in Art. 137 RVerf. niedergelegte Grundsatz, daß die Vereinigung zu Religionsgesellschaften keinen Beschränkungen unterliege, nur mit der sich aus Punkt 24 des Programms der NSDAP. ergebenden Einschränkungen: „Soweit sie nicht den Bestand des Staates gefährden oder gegen das Sittlichkeits- oder Moralgefühl der germanischen Rasse verstoßen" übernommen sei. Weiter hat das Hanseatische Sondergericht eingehend ausgeführt, daß die Vereinigung ernster Bibelforscher, insbes. wegen der Verweigerung des Kriegsdienstes, ihrer negativen Einstellung gegenüber dem nationalsozialistischen Staate, wie auch gegenüber dem Staate überhaupt, wegen des Ungehorsams gegen staatliche Gesetze, wie er auch in dem Briefe Rutherfords verlangt wird, sowohl den Bestand des Staates gefährdet als auch gegen das Sittlichkeits- und Moralgefühl der germanischen Rasse verstößt. Das erkennende Gericht hat sich dieser Ansicht des Hanseatischen Sondergerichts allen Inhalts angeschlossen und ist mit diesem zu demselben Ergebnis gelangt, daß die VO., durch die die Tätigkeit der Bibelforscher verboten ist, rechtsgültig sind.

(SondGer. Schwerin, Urt. v. 13. Mai 1935, K Ms 31/35.)

Ber. von RA. Bodo Weden, Schwerin (Mecklb.).

Anmerkung: Vgl. auch RG.: JW. 1934, 767 und Sondergericht Darmstadt: JW. 1934, 1745 mit Anm. Huber. D. S.

Amtsgerichte

Hamburg

74. § 157 ZPO. Eine Prozeßpartei, die sich im Mahnverfahren eines nicht oder noch nicht zugelassenen Rechtskonsulenten bedient, kann Erstattung der ihr hierdurch entstandenen Auslagen von dem an sich zur Zahlung verpflichteten Gegner nicht fordern. †)

(AG. Hamburg, Urt. v. 14. März 1935, 41 C 447/35.)

Abgedr. JW. 1935, 1729[80].

Anmerkung: Es geht aus der Entsch. nicht hervor, ob es sich um einen der Deutschen Rechtsfront angehörenden Rechtsbeistand handelt oder nicht. Den der Deutschen Rechtsfront angehörenden Rechtsbeiständen hat das AG. Düsseldorf in seiner in JW. 1935, 1646 abgedruckten Entsch. mit Recht einen Kostenerstattungsanspruch zugebilligt. Der Deutschen Rechtsfront gehören 8—900 Rechtsbeistände einschließlich der über 400 Prozeßagenten an. Es ist also nur ein ganz geringer Bruchteil der Rechtskonsulenten nach vorheriger Prüfung in die Reichsberufsgruppe Rechtsbeistände aufgenommen worden. Diesen durch die Aufnahme in die Deutsche Rechtsfront anerkannten Rechtsbeiständen muß ein Kostenerstattungsanspruch zugebilligt werden. Dies ist auch der vom BNSDJ. amtlich vertretene Standpunkt. Es geht nicht an, daß man eine bestimmte ausgesiebte Berufsgruppe durch Aufnahme in die Deutsche Rechtsfront als Rechtswahrer anerkennt und ihr trotzdem gleichzeitig den Lohn ihrer Arbeit durch Nichtzubilligung des Kostenerstattungsanspruches vorenthält.

Dagegen wird den nicht von der Deutschen Rechtsfront aufgenommenen Rechtsbeiständen, deren Zuverlässigkeit und Eignung in keiner Weise feststeht, mit Recht ein Kostenerstattungsanspruch von den Gerichten nicht zugebilligt. Dr. Sp.

*

Wetzlar

75. §§ 11, 48 PersStG. Die Weigerung des Standesbeamten, bei der Eheschließung eines deutschblütigen Mannes mit einer Jüdin Amtshilfe zu leisten, ist gerechtfertigt.

Der Antragsteller, der nach seinen eigenen Angaben deutschen Blutes ist, unterhält seit dem Jahre 1930 ein Liebesverhältnis mit der Jüdin M. und hat ihr die Ehe versprochen. Am 26. Mai 1935 beantragte er bei dem für seinen Wohnsitz zuständigen Standesamt unter Vorlage der erforderlichen Standesurkunden das Aufgebot zur Eheschließung zwischen ihm und der M. Der Standesbeamte lehnte den Erlaß des beantragten Aufgebotes ab mit der Begr., zur Eheschließung zwischen einem deutschblütigen Manne und einer Jüdin könne er als Nationalsozialist keine Amtshilfe leisten.

Der Antragsteller beruft sich darauf, daß die Weigerung des Standesbeamten in den bestehenden gesetzlichen Best. keine Grundlage finde, und hat beantragt, den Standesbeamten anzuweisen, das begehrte Aufgebot zu erlassen.

Es ist richtig, daß die bestehenden gesetzlichen Best. die Eheschließung zwischen einem deutschblütigen Manne und einer Jüdin nicht verbieten. Dieser formalgesetzliche Zustand vermag aber den Antrag des Antragstellers nicht zu stützen.

Mit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus in Deutschland sind die Grundlagen der nationalsozialistischen Weltanschauung zugleich die Grundlagen für den völkisch-staatlichen Neuaufbau des deutschen Reiches geworden. Dieser wird durchgeführt und im Tiefsten getragen aus der Erkenntnis der unlöslichen naturgesetzlichen Einheit von Rasse, Seele und Recht. Die Wiederbefreiung des deutschen Menschen von allen schädigenden Einflüssen artfremder Rassen, die Wiedererstarkung der deutschen Seele und ihre Reinerhaltung für alle Zukunft ist hierbei das unverrückbare höchste Ziel. In dieser völkisch gerichteten Grundhaltung wurzelt das Rechtsdenken und die Rechtsfindung im neuen Deutschland ebenso wie das gesamte bereits vorl. Gesetzgebungswerk des Dritten Reiches. Hierfür sind unter anderen insbes. das WWSG. nebst DurchfVO., sowie das RErbhofG., die DGemO. und das WehrG. die eindeutigsten Bekundungen. Diese grundlegenden Gesetze sind durchdrungen von der Einsicht in die seelisch und körperlich schädigenden Wirkungen der Blutmischung deutschstämmiger Menschen mit Angehörigen artfremder Rassen oder Blutsgemeinschaften, insbes. mit Juden; sie erstreben folgerichtig das Ziel, die durch Rassemischung eingetretene Entartung des deutschen Volkes mit allen Mitteln und unverzüglich aufzuhalten und darüber hinaus den rassischen Wiederaufstieg des deutschen Volkes nach allen Richtungen hin zu sichern. Diesem auf allen Gebieten der Gesetzgebung wie auch in dem gesamten amtlichen und halbamtlichen Schrifttum des Staates und der NSDAP. zutage tretenden Streben wäre es ein Schlag ins Gesicht, wollte der nationalsozialistische Staat gleichzeitig weiterhin Ehen zwischen Deutschblütigen und Juden zulassen.

Der Einwand, daß trotz alledem solche Mischehen bisher gesetzlich noch nicht verboten seien, schlägt nicht durch. Dieser Einwand entspringt typisch jüdisch-liberalistischem Moral- und Rechtsdenken; letzteres hatte mit dem Grundsatz: „Was nicht verboten ist, ist erlaubt" deutsches Recht und deutsche Sitte bereits fast völlig instinktlos und wurzellocker gemacht. Nationalsozialistische — das ist arteigene — Rechtsanschauung hat demgegenüber wieder das artgemäße Gesetz des Sollens aufgerichtet als Anforderung an jeden einzelnen, seine innere Haltung und äußere Lebensführung allein auf das Wohl seines Volkes auszurichten und dessen Belangen sich unterzuordnen. Dieser Satz ist bindendes geltendes Recht des Dritten Reiches und, wie oben dargelegt, bereits in grundlegenden Gesetzen eindeutig zum Ausdruck gekommen. Mit diesem Rechtssatz steht die Eheschließung eines deutschblütigen Mannes mit einer Jüdin in unlösbarem Widerspruch. Eine solche Eheschließung kann daher nicht mehr zugelassen werden und der Standesbeamte hat mit Recht den Erlaß des vom Antragsteller begehrten Aufgebots abgelehnt.

(AG. Wetzlar, Beschl. v. 17. Juni 1935, 1 III 5/35.)

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

****76.** § 626 BGB. Berechtigung fristloser Entlassung unter dem Druck betriebsfremder Einflüsse. (Vgl. JW. 1935, 1352 u. 1354.)

Nach feststehender Rspr. des RG. und des RArbG. (vgl. bes. RArbG. 12, 325 = JW. 1933, 1968) ist ein wichtiger Kündigungsgrund i. S. des § 626 BGB. dann gegeben, wenn dem Arbeitgeber bei verständiger Würdigung aller Umstände die Einhaltung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Sachlage durch das Verschulden eines Vertragsteiles oder durch Ereignisse, die unabhängig von dem Verhalten der Vertragsteile eingetreten sind, herbeigeführt wurde. Die Würdigung der Umstände ist Sache des Tatrichters. Die Rev. hat nur zu prüfen, ob ein bestimmtes Ereignis an sich und abgesehen von den Umständen des Einzelfalles die fristlose Entlassung rechtfertigen kann und ob der Tatrichter die besonderen Umstände des Falles in rechtlich einwandfreier Weise, namentlich ohne Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr und der Treuepflicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, erwogen hat.

Nach diesen Grundsätzen kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Einhaltung des Dienstvertrags für den Arbeitgeber untragbar werden kann, wenn dadurch eigene lebenswichtige Belange seiner Person oder des Betriebs gefährdet werden, daß also Widerstände von vertragsfremder Seite gegen die Beschäftigung des Dienstverpflichteten zu seiner Entlassung zwingen können. Bei der Abwägung der Pflichten des Wirtschaftsführers aus seiner Treuepflicht gegen den Dienstverpflichteten auf der einen Seite und aus der Wahrung der Belange des Unternehmens und der Gesamtheit der Belegschaft auf der anderen Seite sowie der berechtigten Rücksichtnahme auf eine persönliche Gefährdung des Arbeitgebers selbst ist daran festzuhalten, daß vorübergehende oder im Verhältnis zu der Wichtigkeit der Treuepflicht in ihrer Bedeutung zurücktretende Nachteile des Arbeitgebers die fristlose Entlassung so wenig tragen können, wie die bloß subjektive Vermutung des Arbeitgebers einer ihm oder seinem Betriebe aus der Weiterbeschäftigung des Dienstverpflichteten drohenden Gefahr ohne eine beachtliche objektive Grundlage (RArbG. 13, 185 [188] = JW. 1934, 121).

Das LArbG. hat in Befolgung dieser Gedankengänge die fristlose Entlassung des Kl. ohne Rechtsirrtum für begründet erklärt. Es hat einen starken Druck der Parteistellen auf den Bekl. für erwiesen erachtet, hat aber nicht diesen Druck als solchen zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen, sondern ihn wiederum nur als Beweisanzeichen dafür angesehen, daß der Bekl. in der Tat bei der Einstellung eines so maßgeblichen Beamten wie des Kl. (Gutsinspektors) in seinen Betrieb für den Betrieb und für seine Person auf Grund objektiver Unterlagen ernste und folgenschwere Weiterungen erwarten konnte. Auch abgesehen von der politischen Spannung in Schlesien in den letzten Junitagen, die schon einige Zeit in der Luft lag, war der Bekl. auf ein gutes Einvernehmen mit der Kreisbauernschaft und mit seiner übrigen Belegschaft um so mehr angewiesen, als er im Entschuldungsverfahren stand, und als

Widerstände in seinem Betrieb sich zur Zeit der Ernte besonders verhängnisvoll auszuwirken drohten. Er durfte aber auch außer der Rücksicht auf seine wirtschaftlichen Belange für sich beanspruchen, einer Verkennung seiner Treuebereitschaft gegen die Regierung vorzubeugen, der er sich und die ihm nahe stehenden politischen Verbände durch die Deckung des politisch verdächtigen Kl. aussetzen konnte.

(RArbG., Urt. v. 13. März 1935, RAG 254/34. — Görlitz.)

Reichsfinanzhof

Berichtet von den Senatspräsidenten Arlt und Bodenstein und den Reichsfinanzräten Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt]

77. § 1 ReichsfluchtStVO.; § 80 Abs. 1 RAbgO. 1931. Für die ReichsfluchtStVO. kommt es nicht auf die bürgerlich-rechtliche, sondern auf die tatsächliche Aufgabe des Wohnsitzes an. Daher kann auch ein geschäftsunfähiger Geisteskranker seinen inländischen Wohnsitz jedenfalls dann aufgeben, wenn es auf Veranlassung oder mit Genehmigung dessen geschieht, dem die persönliche Fürsorge für den Steuerpflichtigen obliegt (z. B. der Ehefrau), selbst wenn er bürgerlich-rechtlich nicht zur Vertretung des Steuerpflichtigen befugt ist.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 7. Febr. 1935, III A 346/34.)

*

78. §§ 1, 9 RFluchtStVO. v. 8. Dez. 1931. Das Bestehen eines Steuersteckbriefes ist kein Grund, der die Rückkehr des Steuerpflichtigen in das Inland verhindern müßte.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 31. Jan. 1935, III A 365/34.)

*

79. § 14 Abs. 1 Ziff. 2 ErbschStG. 1925; § 55 RErbhofG. Ist die Zuwendung eines jetzt als Erbhof geltenden Bauernguts durch Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an den Übernehmer vor dem Inkrafttreten des RErbhofG. (1. Okt. 1933) ausgeführt worden, so tritt Befreiung von der Erbschaftsteuer für den Übernehmer nicht ein, auch wenn die Umschreibung im Grundbuch erst nach diesem Zeitpunkt stattgefunden hat.

Streitig ist in erster Linie, wann die Zuwendung des Vaters des BeschwF. an diesen ausgeführt worden ist (§ 14 Abs. 1 Ziff. 2 ErbschStG. 1925). Die Vorbehörden vertreten den Standpunkt, daß als Zeitpunkt der Zuwendung der Zeitpunkt gelte, in dem der Erwerber die wirtschaftliche Herrschaft über das Grundstück erlange. Das sei hier der 1. Juli 1933. Der BeschwF. will erst den Tag der Umschreibung gelten lassen. Dieser liege nach dem 1. Okt. 1933, dem Tage des Inkrafttretens des RErbhofG. v. 29. Sept. (RGBl. I, 685). Nach § 55 dieses Ges. habe der Anerbe für den Übergang des Erbhofs keine ErbschSt. zu zahlen.

Die RBeschw. ist unbegründet.

Nach der ständigen Rspr. des RFH. genügt zum Übergang der Zuwendung in das Vermögen des Beschenkten, daß er das wirtschaftliche Eigentum an dem geschenkten Wirtschaftsgut erhalten hat. Bei Grundstücken genügt also Einräumung des Eigenbesitzes und des Nutzungsrechts, Umschreibung im Grundbuch ist nicht erforderlich (vgl. RFH. 18, 263). Nach dem notariellen Vertrage v. 7. Mai 1932 verpflichtet sich der Vater des BeschwF., ihm die Erbpachthufe zum 1. Juli 1933 im Wege vorfrühter Erbfolge zu übertragen. Es heißt dann weiter: „Bis zum 1. Juli 1933 bewirtschaftet der jetzige Besitzer das Grundstück in der bisherigen Weise weiter. Er übergibt es am 1. Juli 1933 seinem Sohn in dem Zustande, in welchem es sich bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung befinden wird." Später wird vereinbart: „Die Übergabe und Auflassung erfolgt am 1. Juli 1933." Daß diese Abrede nicht eingehalten worden sei, hat der BeschwF. nicht behauptet. Was er dazu in der RBeschw. neu vorbringt, kann in dieser Rechtsstufe nicht mehr berücksichtigt werden. Deshalb ist mit dem FinGer. davon auszugehen, daß der BeschwF. den Hof am 1. Juli 1933 übernommen hat. Die Schenkung war also an diesem Tag ausgeführt und muß nach dem zu dieser Zeit gültigen Recht versteuert werden.

Das RErbhofG. ist nach seinem § 57 am 1. Okt. 1933 in Kraft getreten. Es wirkt sich aber für die Übergangszeit auch auf vordem abgeschlossene Verträge insofern aus, als die Genehmigung des AnerbG. zu Veräußerungen (§ 37 a. a. O.) für alle Geschäfte erforderlich wird, die noch nicht vor dem 1. Okt. 1933 durch Umschreibung im Grundbuch wirksam geworden sind (vgl. Vogels, RErbhofG., 2. Aufl., S. 178). Die Genehmigung ist nach dem Vortrag des BeschwF. später erteilt. Sie hat aber rückwirkende Kraft und wirkt auf den Zeitpunkt der abgegebenen Erklärung zurück (Vogels S. 175; vgl. auch Runderlaß des RFM. vom 22. Dez. 1934 [RStBl. 1934, 1696 zu VI]). Welchen Einfluß die Versagung der Genehmigung, die nach § 37 Abs. 3 a. a. O. übrigens nicht zu befürchten war, auf die Schenkungssteuer ausgeübt hätte, braucht nach Lage des Falles nicht erörtert zu werden.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 16. Jan. 1935, III e A 96/34.)

*

✕ **80.** § 14a BraunschwGewStG. i. d. Fass. der VO. vom 25. März 1933 (BraunschwGuVS. 1933, 41).

1. Der durch VO. v. 25. März 1933 (BraunschwGuVS. 1933, 41) in das BraunschwGewStG. eingefügte § 14a hält sich im Rahmen der in Kap. VI § 6 der VO. des RPräs. vom 18. März 1933 (RGBl. 1933, I, 109) den Ländern eingeräumten Ermächtigung und ist daher rechtswirksam.

2. Der Begriff „Einheitspreisgeschäft i. S. des § 14a BraunschwGewStG. i. d. Fass. der VO. v. 25. März 1933 (BraunschwGuVS. 1933, 41) ist abzuleiten aus der VO. des RPräs. zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121, Teil III § 1). Hiernach handelt es sich bei einem Einheitspreisgeschäft um eine Verkaufsstelle, in der Waren mehrerer nicht zusammengehöriger Warenarten ausschließlich oder überwiegend in einer oder mehreren feststehenden Preisstufen feilgehalten werden.

Die Steuerpflichtige, eine KommGes., betreibt ein Verkaufsgeschäft für Haus- und Küchengeräte. Auf einem getrennten Geschäftsgrundstück hat sie unter dem Namen X. eine besondere Abteilung eingerichtet. Das FinA. hat in dieser Abteilung ein Einheitspreisgeschäft i. S. des durch VO. v. 25. März 1933 (BraunschwGVS. 1933, 41) eingefügten § 14a BraunschwGewStG. erblickt. Bei der Veranlagung der Gewerbesteuer der Steuerpflichtigen für 1933/34 hat das FinA. den auf die X.-Abteilung entfallenden Teil der staatlichen Gewerbesteuer des gesamten Betriebs von 313,48 *RM* auf die Hälfte dieses Satzes ermittelt und zu diesem Teilbetrag einen Zuschlag von 600% gem. § 1 Nr. 1 VO. festgesetzt.

Einspruch und Ber. waren erfolglos.

Gegen das Urt. hat die Steuerpflichtige RBeschw. und das FinA. Anschlußbeschwerde eingelegt. Die Steuerpflichtige wiederholt in ihrer RBeschw. im wesentlichen ihre früheren Einwendungen:

1. Die BraunschwVO. v. 25. März 1933 halte sich nicht im Rahmen der in Kap. VI § 6 VO. des RPräs. v. 18. März 1933 (RGBl. 1933, I, 109 ff.) den Ländern eingeräumten Ermächtigung und sei rechtsunwirksam, sofern der durch die erstere VO. eingeführte § 14a GewStG. nicht durch Heranziehung des § 14 Abs. 2 ergänzt und auch für Einheitspreisgeschäfte ein Mindestumsatz von 400 000 *RM* verlangt würde. Dieser Umsatz sei aber von der X. nicht erzielt worden.

2. Die X.-Abteilung sei als Teilbetrieb kein Einheitspreisgeschäft im Sinne des GewStG. Abgesehen davon würden in der X.-Abteilung keine Waren mehrerer nicht zusammengehöriger Warenarten ausschließlich oder überwiegend in einer oder mehreren feststehenden Preisstufen feilgeboten. Es würden vielmehr Waren in allen Preislagen feilgehalten. Im übrigen könne auch der Begriff des Einheitspreisgeschäfts nicht ohne weiteres der RVO. v. 9. März 1932 Teil III § 1 (RGBl. 1932, I, 121 [125]) entnommen werden. Die X.-Abteilung sei weder nach ihrer Größe und ihrem Umfang noch nach ihrem gesamten inneren Aufbau als ein Warenhaus oder warenhausähnlicher Betrieb anzusehen. Der Zweck der Warenhaussteuer sei aber, die mittelständischen Betriebe zu schützen. Zu diesen Betrieben rechne aber gerade der Betrieb der Steuerpflichtigen.

Das FinA. verlangt in seiner Anschlußbeschwerde, die Steuerpflichtige vom Gesamtertrage und dem gesamten Betriebskapitale zu dem Zuschlag von 600% heranzuziehen. Die X.-Abteilung der Steuerpflichtigen sei als solche nicht steuerpflichtig. Es müsse deshalb das gesamte Geschäft der Steuerpflichtigen als Einheitspreisgeschäft i. S. des § 14a GewStG. angesehen und zuschlagspflichtig gemacht werden.

Die RBeschw. ist begründet, dagegen die Anschlußbeschwerde unbegründet.

Zu Nr. 1 der RBeschw.: Die VO. des RPräs. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Finanzen, der Wirtschaft und der Rechtspflege v. 18. März 1933 (RGBl. 1933, I, 109, 116) ermächtigt in Kap. VI (Realsteuersperre) § 6 die Länder, in denen eine Warenhaussteuer besteht, die Steuersätze der Warenhaussteuer bis höchstens auf das Zweifache der bisherigen Steuersätze zu erhöhen und den Kreis der der Warenhaussteuer unterliegenden Betriebe zu erweitern. Die gleiche Vorschr. enthält auch § 9 RealStSperrVO. v. 31. März 1933 (RGBl. I, 157) und § 7 DurchfBest. zur RealStSperrVO. vom gleichen Tage (RGBl. I, 159). Im Ges. zur Regelung der Warenhaussteuer und der Filialsteuer für das Jahr 1933 v. 15. Juli 1933 (RGBl.

1933, I, 492) hat § 9 RealStSperrVO. 1933 eine Neufassung erhalten und § 7 DurchfBest. zur RealStSperrVO. ist gestrichen worden. Die den Landesregierungen erteilte Ermächtigung, den Kreis der der Warenhaussteuer unterliegenden Betriebe zu erweitern, ist jedoch ausdrücklich aufrechterhalten worden (§ 2).

Auf Grund der Ermächtigung v. 18. März 1933 hat die Braunschweigische Landesregierung durch VO. v. 25. März 1933 (BraunschwGVOS. 1933, 42) unter Tit. V GewStG. v. 1. April 1931 (BraunschwGVOS. 1931, 53), der vom Warenhauszuschlag handelt, hinter § 14 die neue Vorschr. des § 14a eingefügt, wonach Einheitspreisgeschäfte und Kleinpreisgeschäfte dem gleichen Zuschlag wie die in § 14 Abs. 1 genannten Großbetriebe unterworfen werden sollen, soweit sie nicht auf Grund des § 14 selbst zuschlagspflichtig sind.

Mit dieser Neuregelung verstößt die braunschweig. VO. nicht gegen die ihr durch Reichsrecht erteilte Ermächtigung. Die einzelnen ReichsVO. enthalten keine näheren Best. über den Begriff „Warenhaus" und auch nicht darüber, welche Arten von sonstigen Betrieben der Warenhaussteuer unterworfen werden können. Die Bestimmung des Begriffs „Warenhaus" ist vielmehr grundsätzlich den Ländern selbst überlassen worden. Aus der geschichtlichen Entwicklung der Warenhaussteuer ergibt sich, daß die Gewerbesteuergesetzgebung der Länder eine objektive Begrenzung des Begriffs der Warenhäuser zu finden gesucht und sie in der Vereinigung mehrerer sonst in Spezialgeschäften bearbeiteten Warengruppen in einem Geschäft fixiert haben (Popitz, Komm. z. UmsStG., Erg.-Bd. zur 3. Aufl., 1930, 220). So hat Braunschweig in §14 GewStG. dem Warenhauszuschlag Großbetriebe unterworfen, die Einzelhandel mit Waren aus mehr als einer der in § 15 des Ges. bezeichneten Gruppen betreiben. Dabei sollen als Großbetriebe solche Gewerbebetriebe gelten, die einen Umsatz von 400 000 *RM* haben. Diese Merkmale des zuschlagspflichtigen Betriebs hat der RFH. mit dem Reichsrecht grundsätzlich für vereinbar gehalten (Entsch. des RFH. 32, 186).

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich zunächst, daß die den Ländern reichsrechtlich erteilte allgemeine Ermächtigung, den Kreis der zuschlagspflichtigen Betriebe zu erweitern, zunächst nicht in dem Sinne verstanden werden kann, daß der Reichsgesetzgeber diese Ermächtigung nur auf Großbetriebe hat beschränkt wissen wollen. Auf der anderen Seite kann er aber auch diese Ermächtigung nicht in dem Sinne verstanden haben, daß nun damit den Ländern ein Freibrief gegeben werden sollte, den Kreis der zuschlagspflichtigen Betriebe etwa nach Belieben auszudehnen. In diesem Falle würden es die Länder in der Hand gehabt haben, die Grundsätze der RealStSperrVO. zu durchbrechen, so daß sie praktisch auf dem Papiere gestanden hätten. Im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte der Warenhaussteuer kann er nur solche Betriebe im Auge gehabt haben, bei denen in ähnlicher Weise wie bei den Warenhäusern aus wirtschafts- und steuerpolitischen Gründen eine Sonderbesteuerung gerechtfertigt erscheint. Das ist aber bei Einheitspreisgeschäften der Fall. Der Warenhaussteuergedanke ist aus den Bestrebungen der sog. Mittelstandsbewegung hervorgegangen, welche die Warenhäuser grundsätzlich bekämpfte, um den kleineren und mittleren Einzelhandel gegen den allzu starken Wettbewerb durch die Warenhäuser zu schützen. In neuester Zeit hat sich nun neben den Warenhäusern die Geschäftsart der Einheitspreis und Kleinpreisgeschäfte entwickelt, die unabhängig von ihrer Größe und ihrem Umsatz durch die näheren Umstände, unter denen sie ihre Waren feilhalten, in ähnlicher Weise wie die Warenhäuser in starken Wettbewerb zu dem sonstigen Einzelhandel treten und daher im Interesse der Erhaltung eines gesunden Mittelstandes in gleicher Weise wie die Warenhäuser vom mittleren und kleineren Einzelhandel abgelehnt werden. Diesen Bestrebungen ist reichsgesetzlichst zunächst dadurch Rechnung getragen worden, daß in der VO. des RPräs. zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932 Teil III (RGBl. 1932, I, 121, 125) die Errichtung und der Betrieb von Einheitspreisgeschäften bestimmten Einschränkungen unterworfen worden ist. In dem Ges. zum Schutze des Einzelhandels v. 12. Mai 1933 Art. I § 1 Satz 2 (RGBl. I, 262) i. d. Fass. des RGes. v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1241) ist die Errichtung, Erweiterung und Verlegung von Einheitspreisgeschäften ganz allgemein und unbefristet verboten worden. Das in Art. I § 2 dieses Ges. enthaltene allgemeine Verbot der Eröffnung von Verkaufsstellen, in denen Waren feilgeboten werden, umfaßt auch die Übernahme einer Verkaufsstelle durch eine andere Person, sofern mit der Übernahme eine Änderung der Betriebsart, insbes. die Umwandlung in ein Warenhaus, Kleinpreisgeschäft, Serienpreisgeschäft oder in ein anderes durch die besondere Art der Preisstellung gekennzeichnetes Geschäft verbunden ist (§ 3 Nr. 3). Soweit in den VO. zur Durchführung des Ges. zum Schutze des Einzelhandels v. 12. Mai 1933 i. d. Fass. des Ges. v. 15. Juli 1933 (RGBl. 1933, I, 493) v. 25. Okt. 1933 (RGBl. 1933, I, 779 [RGBl. I, 267]) Ausnahmen, z. B. bei der Errichtung einer Verkaufsstelle in bereits vorhandenen, aber leerstehenden Verkaufsräumen, vorgesehen sind, dürfen solche Ausnahmen nicht zugelassen werden, sofern es sich um die Errichtung eines Warenhauses, Kleinpreisgeschäfts, Serienpreisgeschäfts usw. handelt (VO. v. 12. Mai 1933 [RGBl. 1933, I, 267 I d] und vom 28. Nov. 1933, II [RGBl. 1933, I, 1014]). Mit sämtlichen Vorschr. verfolgt der Reichsgesetzgeber offensichtlich den Zweck, die weitere Ausdehnung der Warenhäuser und der ihnen gleichgestellten Einheitspreisgeschäfte usw. aufzuhalten. Es ist daher anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei der den Landesregierungen in der ReichsVO. v. 18. März 1933 (RGBl. 1933, I, 109, 116) Art. VI § 6 erteilten Ermächtigung vor allem an die Einheitspreisgeschäfte gedacht hat. Die braunschweigische Landesregierung hat also durch die Einfügung des § 14a in das GewStG. weder gegen die ihr zugestandene Ermächtigung noch gegen die in der VO. enthaltenen Grundsätze über die Realsteuersperre verstoßen. Die Vorschr. des § 14 kann auch vor allem unter dem Gesichtspunkte keine Einschränkung erfahren, daß sie unter Ergänzung durch § 14 Abs. 2 GewStG. die Erzielung eines Mindestumsatzes von 400 000 *RM* im Feststellungszeitraum zur Voraussetzung habe. Reichsrechtlich ist, wie bereits erwähnt, eine solche Einschränkung nicht vorgesehen und auch Zweck und Ziel der reichsrechtlichen Ermächtigung und des § 14a GewStG. würde dem widersprechen. Im Gegenteil ist aus dem Zusatz, „soweit sie nicht schon auf Grund des § 14 zuschlagspflichtig sind", zu folgern, daß gerade noch andere Betriebe, die nicht Großbetriebe sind und auch den in § 14 Abs. 2 vorgesehenen Umsatz von 400 000 *RM* nicht erreichen, von dem Zuschlag getroffen werden sollen.

Zu 2: Nach § 1 GewStG. v. 1. April 1931 (BraunschwGVOS. 1931, 53) ist Steuerobjekt das Gewerbe. Es ist grundsätzlich als solches einheitlich zu veranlagen, auch wenn es an mehreren Betriebsstätten betrieben wird (§ 4 Abs. 1). Nur wenn es sich um mehrere selbständige Betriebe desselben Unternehmers handelt, findet eine getrennte Veranlagung der einzelnen Betriebe statt (§ 4 Abs. 2). Aus diesen Vorschr. ergibt sich, daß lediglich wirtschaftliche Gesichtspunkte für die Bestimmung des Steuerobjekts maßgebend sind. Ein selbständiges Gewerbe i. S. des § 4 Abs. 2 liegt dann vor, wenn der betreffende Betrieb für sich betrachtet sich als eine wirtschaftliche Einheit darstellt. In diesem Sinne bildet aber im vorl. Falle die K.-Abteilung nicht für sich, sondern nur zusammen mit dem sonstigen Betrieb der Steuerpflichtigen eine in sich geschlossene wirtschaftliche Einheit. Die K.-Abteilung kann also als solche nicht als selbständiges Gewerbe angesehen und für sich allein veranlagt werden.

An dieser Rechtslage ändern auch die Vorschr. des Tit. V §§ 14 ff. GewStG. nichts. Diese regeln nur die Frage, ob und wann der Warenhauszuschlag zu dem veranlagten Steuerbetrag zu entrichten ist. Man kann nicht davon ausgehen, der Gesetzgeber habe hierbei nur an selbständige und für sich zu veranlagende Gewerbebetriebe gedacht. Allerdings werden Warenhäuser in der Regel als Großbetriebe wirtschaftlich selbständig sein und daher für sich zu veranlagen sein, so daß bei ihnen keine besonderen Schwierigkeiten hinsichtlich der Zuschlagsberechnung entstehen werden. Anders ist es dagegen bei Einheits- und Kleinpreisgeschäften, die gewöhnlich als mittlere Betriebe vorkommen und daher auch, wie der vorl. Fall zeigt, manchmal Betriebsteil eines anderen Gewerbebetriebs sein können. Schließlich läßt auch die Fassung des § 14a keinen Schluß nach der Richtung zu, daß der Gesetzgeber die Zuschlagspflicht nur auf wirtschaftlich selbständige und für sich zu veranlagende Einheitspreisgeschäfte hätte beschränken wollen. Eine nähere Bestimmung des Begriffs „Einheitspreisgeschäfte" gibt der Gesetzgeber allerdings nicht. Im Hinblick hierauf könnte die Frage daher immerhin zu Zweifeln Anlaß geben. Das VG. hat den Begriff aus der VO. des RPräs. v. 9. März 1932 (RGBl. I, 121 Teil III § 1) abgeleitet. Hiernach sind Einheitspreisgeschäfte solche Verkaufsstellen, in denen Waren mehrerer nicht zusammengehöriger Warenarten ausschließlich oder überwiegend in einer oder mehreren feststehenden Preisstufen feilgehalten werden. Das VG. versteht nun die Bezeichnung „Verkaufsstelle" nicht in dem Sinne des Gewerbebetriebs in seiner Gesamtheit, sondern als Teilbetrieb, sofern dieser Teilbetrieb im übrigen die Voraussetzungen der Vorschr. erfüllt. Dieser Auffassung tritt der Sen. bei. Zunächst ist die Ableitung des Begriffs „Einheitspreisgeschäft" aus § 1 der erwähnten Vorschr. im Hinblick auf die unter Nr. 1 gemachten Ausführungen naheliegend und durchaus vertretbar. Die Auslegung des Begriffs „Verkaufsstelle" ist auch zutreffend. Sie steht im Einklang mit der Vorschr. anderer Gesetze, vor allem z. B. mit § 11 FinAusglG., wonach als Betriebsstätte eines Gewerbebetriebs u. a. auch die Verkaufsstellen mitaufgeführt sind. Schließlich entspricht diese Auffassung aber auch allein dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Wenn Einheitspreisgeschäfte im Hinblick auf den zu starken Wettbewerb, den sie dem mittelständischen und kleineren Einzelhandel machen, einer zusätzlichen Gewerbebesteuerung unterworfen werden sollen, kann es keinen Unterschied machen, ob ein Einheitspreisgeschäft als solches selbständig oder nur unselbständiger Betriebsteil eines Gewerbes ist (siehe auch § 23 Abs. 2 GewStRahmG. v. 1. Dez. 1930 [RGBl. I, 517 — 537 —]). Es ist auch unerheblich, ob ein Unternehmer ein Einheitspreisgeschäft im unmittelbaren Zusammenhang mit seinem sonstigen Betriebe, z. B. als besondere Verkaufsabteilung in seinem Ladenlokale oder — wie hier — in einem besonderen Geschäftslokal eingerichtet (s. auch § 2 VO. v. 9. März 1932 [RGBl. 1932, I, 121

— 125 —]). Würde die Zuschlagspflicht nur auf wirtschaftlich selbständige Einheitspreisgeschäfte beschränkt, so würde die vom Gesetzgeber gewollte Hemmung eines schrankenlosen Wettbewerbs mit dem übrigen Einzelhandel auf dem Papier stehenbleiben. Es würde vor allem die Gefahr bestehen, daß der Inhaber das Einheitspreisgeschäft zum Teilbetrieb eines ihm gehörigen anderen Betriebs machen würde. Ob einer solchen Maßnahme die steuerliche Anerkennung zu versagen wäre, würde zum mindesten zweifelhaft sein, da es einem Unternehmer nicht versagt werden kann, seinen Betrieb so zu organisieren, wie er das aus geschäftlichen und wirtschaftlichen Gründen für zweckmäßig erachtet (vgl. Entsch. des RFH. 34, 196). Im vorl. Falle muß somit die Zulässigkeit des Zuschlags wegen des Betriebs der Z.-Abteilung grundsätzlich bejaht werden.

Damit ist allerdings noch nicht die weitere Frage bejaht, ob, wie das FinA. in seiner Anschlußbeschwerde verlangt, nunmehr der Zuschlag vom gesamten Betriebe zu berechnen ist, so daß also in diesem Falle der gesamte Betrieb als Einheitspreisgeschäft behandelt würde. Ein Gesamtbetrieb wird noch nicht dadurch zu einem Einheitspreisgeschäft, wenn nur ein besonderer Teil von ihm den Charakter eines Einheitspreisgeschäfts hat. Die Belegung des Gesamtbetriebs mit dem Warenhauszuschlag würde für den Betriebsinhaber zu einer unbilligen Vorbelastung führen und daher Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen. Das Ergebnis ist somit, daß im vorl. Falle der Zuschlag nur von der Z.-Abteilung berechnet werden kann.

Wie dieser Zuschlag allerdings zu berechnen ist, dafür trifft das Gesetz keine nähere Regelung. Es würde nun wiederum Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen, wenn man wegen dieser Gesetzeslücke die Zuschlagsberechtigung im vorl. Falle für unzulässig erklären würde. Mit dem Willen des Gesetzes würde das um so weniger in Einklang zu bringen sein, als ihm besondere Zuschläge für Teile eines Betriebs nicht unbekannt sind. So wird z. B. der sog. Filialzuschlag nach §§ 13, 1 Abs. 2 GewStG. auch von einem Teilbetrieb entrichtet. Ferner findet sich eine besondere Zerlegung des veranlagten Gewerbesteuerbetrags für die Zwecke der Zuschlagsberechnung durch die Gemeinden und Kreisgemeindeverbände, nämlich in dem Falle, wenn ein Gewerbebetrieb sich über mehrere Gemeinden oder Kreisverbände erstreckt (§ 31 Abs. 3). Unter diesen Umständen hält es der Sen. nicht allein für vertretbar, sondern für geboten, wenn der für die Zuschlagsberechnung im vorl. Falle zu ermittelnde Teilsteuersatz im Schätzungswege unter sinngemäßer Anwendung der entsprechenden sonstigen Vorschr. des GewStG. ermittelt wird (s. auch § 23 Abs. 2 GewStRahmG.). Das FinA. ist so verfahren, indem es den auf die Z.-Abteilung ermittelten Teilsteuersatz im Schätzungswege auf die Hälfte des veranlagten Gesamtsteuersatzes ermittelt hat. Diese Schätzung erscheint an und für sich einwandfrei, zumal sie nach der ausdrücklichen Feststellung der Vorinstanz von der Steuerpflichtigen nicht angegriffen worden ist.

Nicht einwandfrei dagegen ist die Feststellung des VG., daß es sich bei der Z.-Abteilung der Steuerpflichtigen tatsächlich um ein Einheitspreisgeschäft handelt. Es entspricht zunächst den vorstehend entwickelten Gedankengängen, wenn die Vorinstanz die Bestimmung des Begriffs „Einheitspreisgeschäft" der VO. v. 9. März 1932 (RGBl. 1932, I, 121 Teil III § 1) entnommen hat. Es hätte dann aber im Urt. näher dargelegt werden müssen, inwiefern in tatsächlicher Hinsicht die Z.-Abteilung diese Voraussetzungen erfüllt.

(RFH., 4. Sen., Urt. v. 9. Jan. 1935, IV A 187/34 S.)
<= RFH. 37, 124.>

*

81. §§ 2 Nr. 3b, 7 KörpStG.; § 4 Abs. 2 DurchfVO. z. KörpStG. Wenn ein Versorgungsbetrieb Geräte unter den üblichen Preisen verkauft oder Installationen unter den Selbstkosten oder ohne den sonst üblichen Nutzen herstellt, um einen höheren Absatz an Gas oder Elektrizität und dadurch mittelbare Vorteile zu erzielen, so wird sich für die Regel der Nachweis nicht erbringen lassen, daß eine nach § 4 Abs. 2 DurchfVO. z. KörpStG. vorgenommene Schätzung des Gewinns aus versorgungsfremden Geschäften, einschließlich des mittelbaren Nutzens, gegen § 9 RAbgO. verstößt.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 5. März 1935, I A 193/32.)

*

82. §§ 2 Nr. 3b, 7 KörpStG.; § 3 Abs. 1 Nr. 3 KörpStGDurchfVO. Auch die im § 3 Abs. 1 Nr. 3 KörpStG-DurchfVO. aufgeführten Hafenbetriebe können nur dann als Versorgungsbetriebe anerkannt werden, wenn die Bevölkerung auf ihre Benützung angewiesen ist.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 18. Dez. 1934, I A 165/33.)

*

83. § 4 Abs. 1 KörpStG. Ein preußischer Dampfkesselüberwachungsverein ist als Erwerbsgesellschaft i. S. des § 4 Abs. 1 KörpStG. anzusehen.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 13. Febr. 1935, I A 155/34.)

*

84. § 28 RBewVermStDurchfBest. 1931. Grundstücke, die mit einem Gebäude bebaut sind, das nach der baupolizeilichen Genehmigung nur auf die Dauer weniger Jahre zugelassen und dann wieder abzubrechen ist, und bei denen am Feststellungsstichttag die Lebensdauer der Gebäude nur eine kurze ist, eignen sich nicht zur Bewertung mit dem Ertragswert. Sie sind vielmehr mit dem gemeinen Wert des Grund und Bodens einschließlich des Gebäudes unter Berücksichtigung der kurzen Lebensdauer zu bewerten.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 7. März 1935, III A 41/35.)

*

85. § 16 Abs. 1 RBewG. 1931. Der Umstand, daß für eine sichere und landesüblich verzinsliche Forderung eine längere Zeit unkündbare Forderung bestellt ist und daß im Verkehr zurzeit für ihre Abtretung nicht der volle Nennwert erzielt werden kann, rechtfertigt regelmäßig nicht die Bewertung der Forderung mit einem entsprechenden Minderwert. Auch der zeitige Kurswert von Hypothekenpfandbriefen beeinflußt die Bewertung hypothekarisch gesicherter Forderungen regelmäßig nicht.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 10. Jan. 1935, IIIe A 77/34.)

*

86. § 16 Abs. 1 RBewG. 1931. Im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist eine zum Gesamtgut gehörige Forderung gegen einen vermögenslosen Abkömmling nicht deshalb vollwertig, weil sie nach Auflösung der Gütergemeinschaft oder nach dem Tode des überlebenden Ehegatten aus dem Anteil des Schuldners am Gesamtgut oder am Nachlaß des Ehegatten gedeckt werden kann. Das gleiche gilt in der Regel, wenn die Forderung zum Sondervermögen des überlebenden Ehegatten gehört.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 24. Jan. 1935, IIIe A 412/34.)

*

87. §§ 28 Abs. 1, 44 Abs. 1 Satz 1 RBewG. 1931. Die Eintragung eines landwirtschaftlichen Betriebs mit Brennerei in die Erbhofrolle hindert nicht, steuerrechtlich die Brennerei als selbständigen gewerblichen Betrieb anzusehen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 24. Jan. 1935, III A 20/35.)

*

88. §§ 45 Abs. 1 Nr. 1, 50 Abs. 3, 54 Abs. 1 RBewG. 1931. Wenn ein einem Betrieb eines Gewerbes dienendes Grundstück mit dem zugehörigen gewerblichen Betriebsinventar, Maschinen und sonstigen Vorrichtungen zu einem einheitlichen Gesamtpachtpreis verpachtet ist, so ist für die Feststellung des Einheitswertes des Grundstückes der auf das mitverpachtete Betriebsinventar (Maschinen pp.) fallende angemessene Teilbetrag des Gesamtpachtpreises auszuscheiden.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 14. Febr. 1935, III A 379/34.)

*

× 89. § 67 Abs. 1 Nr. 4 RBewG. 1931. Die Vorschrift des § 67 Abs. 1 Nr. 4 RBewG. 1931 ist auf denjenigen, der am Veranlagungszeitpunkt Betriebsinhaber ist, auch dann anzuwenden, wenn er den Betrieb in der Zeit zwischen dem 30. Juni und dem Veranlagungszeitpunkt erworben hat. Seinem Gesamtvermögen ist auch der am 30. Juni vorhanden gewesene Überbestand umlaufender Betriebsmittel zuzurechnen. Bei Errechnung des Überschusses der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben sind auch die Einnahmen und Ausgaben seines Betriebsvorgängers zu berücksichtigen.

(RFH., 3. Sen., Urt. v. 21. Febr. 1935, III A 351/34 S.)
<= RFH. 37, 239.>

*

× 90. § 6 Abs. 6, TarSt. 15 Abs. 4 zu b PrStempStG. Übernimmt in einer hypothekarischen Schuldverschreibung der Schuldner und Grundstückseigentümer die Verpflichtung zur Löschung von Vorhypotheken, soweit sich diese mit dem Eigentum in seiner Person vereinigen werden, und bewilligt er zugleich dem Gläubiger zur Sicherung des Löschungsanspruchs nach § 1179 BGB. die Eintragung einer Vormerkung, so ist die Beurkundung dieser Bewilligung nach TarSt. 15 stempelpflichtig. Die Befreiungsvorschrift des Abs. 4 zu b dieser TarSt. findet keine Anwendung. Der für den Stempelansatz maßgebende Wert des Löschungsanspruchs richtet sich auf Grund des § 6 Abs. 6 nach dem Betrage der gesicherten Hypothekenforderung oder nach dem Gesamtbetrag der von der Löschungsverpflichtung betroffenen Vorhypotheken, falls dieser niedriger liegt.

(RFH., 2. Sen., Urt. v. 22. Febr. 1935, II A 244/34 S.)
<= RFH. 37, 280.>

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen" abgedruckt]

91. §§ 1, 2, 24 Abs. 2 PatG. Zur Frage der Schlüssigkeit eines auf offenkundige Vorbenutzung (durch Feilhalten) gestützten Einspruchs gegen eine Patentanmeldung. Strenge Anforderungen.

Mit Recht fühlt sich die Anmelderin dadurch beschwert, daß die Anmeldeabteilung den Einspruch der Antragstellerin gegen die Anmeldung als gehörig mit „Gründen" i. S. des § 24 PatG. versehen erachtet und demgemäß dem Gesuch um Gewährung der Akteneinsicht stattgegeben hat. Gegenstand der von der Antragstellerin bekämpften Anmeldung ist eine ... Anlage mit Röhren aus gewissen ... Stoffen. Zur Begründung ihres Einspruches hat die Antragstellerin in der Einspruchsschrift vorgebracht, solchen Anlagen fehle die Neuheit. Denn einmal seien ihr selbst in den Jahren 1932 und 1933 Öfen mit den Merkmalen der vorliegenden Anmeldung angeboten worden. Ein Herr X. in ... (Vorarlberg) habe solche Maschinen i. J. 1926 gebaut und in ... (Schweiz) betrieben. Außerdem habe Herr X. dem früheren Betriebsleiter der Anmelderin ein Lichtbild des Schweizer Betriebes gegeben und ihm die Wirkungsweise der Maschinen erklärt.

Dieses auf die Behauptung offenkundiger Vorbenutzung hinauslaufende Vorbringen ermangelt genügend schlüssiger Angaben.

Was das der Antragstellerin selbst gemachte Angebot anlangt, so fehlt jede Angabe, wo es erfolgt sein soll. Da der X.sche Betrieb im Auslande lag und nur eine inländische Vorbenutzung neuheitsschädlich ist, so hätte es bestimmter Ausführungen nach der Richtung bedurft, ob Öfen der in der Schweiz hergestellten und in der Schweiz betriebenen Art der Antragstellerin in Deutschland angeboten worden sein sollen. Es fehlen ferner Darlegungen darüber, in welcher Form das Angebot gemacht sein soll (unter Vorlage von Werbungsschriften), ob offenkundig, d. h. entgegen geschäftlicher Gepflogenheit ohne Auferlegung einer Geheimhaltungspflicht, und ob das Feilhalten noch vor dem Anmeldungstage, dem 15. Aug. 1932, erfolgte. Die Antragstellerin ist denn auch trotz der Aufforderung des Senates im Zwischenbescheide v. 24. Jan. 1935 zu genaueren Angaben auf das angeblich ihr selbst gemachte Verkaufsangebot mit keinem Worte mehr eingegangen.

Aber auch soweit die Antragstellerin offenkundige Vorbenutzung durch gewisse Besprechungen des X. mit einem Betriebsleiter der Anmelderin geltend macht, fehlt es an der notwendigen Schlüssigkeit.

Weder ist innerhalb der Einspruchsfrist eine Vorbenutzungshandlung i. S. des § 2 Abs. 1 PatG. dargetan (das bloße Erläutern der in Rede stehenden Anlage an Hand eines Lichtbildes bedeutet noch keineswegs ein Feilhalten, kann vielmehr einem anderen Zwecke als dem eines Kaufabschlusses gedient haben), noch ist — ebenso wie bei dem oben behandelten Angebote — das Unterlassen der in Fällen der vorliegenden Art üblichen Auferlegung einer Schweigepflicht behauptet, noch angegeben, ob die angebliche Unterhaltung des X. mit dem Betriebsleiter der Anmelderin im Inlande und bereits vor dem Anmeldungstage stattgefunden haben soll. Und selbst wenn man die näheren Angaben der Antragstellerin im Schriftsatze v. 20. Febr. 1935, obwohl erst nach Ablauf der Einspruchsfrist eingegangen, sämtlich noch als verwertbar ansehen will, so läßt sich doch diesen ergänzenden Ausführungen nur die Behauptung einer im Inlande durch Feilhalten erfolgten Vorbenutzung gewisser Drähte entnehmen, die mit Hilfe der vorliegend zum Patentschutz angemeldeten Anlagen für Drähte usw. hergestellt waren. Von einem Feilhalten der Anlage selbst ist weder im genannten Schriftsatze noch in den ihm in Abschrift beigefügten drei Schreiben des X. an die Anmelderin v. 24. Febr. und 5. April 1932 und v. 18. Febr. 1935 die Rede.

Ist somit der Einspruch der Antragstellerin nach vorläufiger, im Akteneinsichtsverfahren allein möglicher Prüfung als nicht gehörig begründet und deshalb unzulässig anzusehen, so entfällt damit ein berechtigtes Interesse an der erstrebten Aktenoffenlegung.

(RPatA., 13. BeschwSen., Entsch. v. 6. April 1935, E 43173 VIII b/21 c Gr 7.) [Bd.]

*

92. Zur Frage der Akteneinsicht: Ein vorbehaltsloser Verzicht des Patentinhabers auf die Geltendmachung von Verletzungsansprüchen beseitigt das berechtigte Interesse (an einer Offenlegung der Patentakten) desjenigen, der durch den Vertrieb gewisser Gegenstände in die Schutzrechte des Patentinhabers eingreift.

Bereits im ersten Rechtsgang hatte die Patentinhaberin erklärt, daß sie den Vorwurf einer Verletzung ihres Patentes 590 102 durch die Antragstellerin nicht erheben wolle. Im zweiten Rechtszuge hat sie diese Erklärung wie folgt unterstrichen: „Es wird hiermit ausdrücklich, und zwar auch für etwaige Rechtsnachfolger im Patent, die Erklärung wiederholt, daß die in Abb. 4 auf S. 8 des von der Antragstellerin (zur Stützung ihres Gesuches um Gewährung der Akteneinsicht) überreichten Prospektes dargestellte Vorrichtung das Patent 590 102 nicht verletzt." In dieser Äußerung liegt ein rechtsverbindlicher, unzweideutiger und vorbehaltsloser Verzicht auf alle etwaigen, unstreitig bisher auch noch nie geltend gemachten Verletzungsansprüche hinsichtlich der im Offenlegungsantrage geschilderten Vorrichtung. Damit entfällt einstweilen ein berechtigtes Interesse an der erstrebten Akteneinsicht. Nun weist allerdings die Antragstellerin darauf hin, daß dieser Verzicht der Patentinhaberin nur für die zur Zeit von der Antragstellerin hergestellte Ausführungsform der in Rede stehenden Vorrichtung Geltung habe, und daß ihr daran gelegen sei zu wissen, ob sie nicht etwa im Falle der Herstellung anderer Ausführungsformen in den Schutzbereich des Patentes eingreifen würde; es sei leicht möglich, daß die Anwendung der von ihr hergestellten Vorrichtung in Sonderfällen eine andere Ausführungsform bedinge und eine solche Änderung der bisherigen Bauart von der Patentinhaberin als ein unzulässiger Eingriff in ihre Schutzrechte angesehen werde. Solche bloßen Zukunftsmöglichkeiten vermögen jedoch den Antrag auf Offenlegung nicht zu rechtfertigen. Es bleibt der Antragstellerin vielmehr überlassen, sobald sie ernstlich zu einer anderen Bauart übergehen will und sich über die Einzelheiten der Ausführung schlüssig geworden ist, sich mit der Patentinhaberin in Verbindung zu setzen und alsdann im gegebenen Falle ihr Offenlegungsgesuch zu wiederholen.

(RPatA., 13. BeschwSen., Entsch. v. 1. April 1935, O 19536 X/24 e XIII B 50/35.) [Bd.]

*

93. § 2 BundRVO. v. 10. Sept. 1914 (RGBl. 403); Art. II Ges. v. 2. April 1920 (RGBl. 675 ff.); § 1 BundRVO. v. 13. April 1916 (RGBl. 278). Keine Überspannung der Anforderungen an die Maßnahmen der Leitung kleinerer Betriebe zur Fristüberwachung. Übereinstimmung mit der österreichischen Patentamtsübung.

Dem von der Prüfungsstelle abgelehnten Antrage der Widersprechenden auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Widerspruchsfrist war zu entsprechen. Die Antragstellerin, eine GmbH., hat u. a. durch Vorlage eidesstattlicher Versicherungen glaubhaft gemacht, daß ihr kaufmännischer Leiter Herr L. vom Geschäftsführer (Herrn B.) alsbald nach Eingang der Mitteilung des RPatA. aus § 5 WbzG. die Weisung erhielt, Widerspruch gegen die vorliegende Anmeldung zu erheben, ferner daß sich der Geschäftsführer auf Herrn L. als erprobten langjährigen Leiter verlassen durfte, daß dieser denn auch das Schriftstück ordnungsmäßig in seine Terminsmappe legte, aus der es auf ungeklärte Weise ohne Schuld L.s und des Geschäftsführers verschwand, noch ehe er dem Vertreter der Widersprechenden den Auftrag zur Einreichung des Widerspruches beim RPatA. erteilen und eine Fristkontrolle veranlassen konnte. Es wäre eine Überspannung der Sorgfaltspflicht, wollte man, wie die Anmelderin möchte, darin ein Verschulden des Geschäftsführers erblicken, daß er die besondere Fristkontrolle nicht selbst oder durch ein eigenes Büro vorgenommen hat. So groß ist nach den glaubhaften Ausführungen der Widersprechenden ihr Betrieb offenbar nicht, daß sich die Einrichtung eines besonderen Überwachungsbüros für Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes gelohnt hätte und daß sie erforderlich gewesen wäre. Der Senat teilt die Auffassung des österreichischen PatA. in seiner einschlägigen Entsch. v. 27. Sept. 1934 (Aktenzeichen A 1826/33: ÖstPatBl. 1935, 6, r. Sp., letzter Absatz). Es heißt dort:

„Was den von der Einsprecherin und Beschwerdegegnerin gerügten Mangel an besonderen, über die Verwendung einer verläßlichen Angestellten hinausgehenden Maßnahmen, insbes. Kontrollmaßnahmen, betrifft, so ist zu bemerken, daß solche für die Überwachung von Fristen und für die Einzahlung von Gebühren in Patentangelegenheiten im allgemeinen zweifellos notwendig sind. Es würde aber dem Sinne des WiedereinsetzungsG. nicht entsprechen, alle jene Fälle von vornherein von der Anwendung dieses Ge-

setzes auszuschließen, in denen solche besondere Maßnahmen — sei es wegen des geringen Umfanges der auf dem Patentgebiete liegenden Geschäfte, sei es wegen anderer berücksichtigenswerter Umstände — nicht vorgesehen und füglich auch nicht gefordert werden können. Es muß vielmehr im einzelnen Falle geprüft werden, ob das Verhalten der Partei oder ihres Vertreters ein solches gewesen ist, daß eine besonders hohe Gewähr für die Einhaltung der Frist bzw. für die richtige Zahlung einer Gebühr gegeben war."

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 15. Febr. 1935, F 31954/22 b Wz B S XII/3.) [Bb.]

Reichsversicherungsamt

Berichtet von Senatspräsident Dr. Zielke und Landgerichtsdirektor Kersting, Berlin

[** Wird in den Amtl. Nachrichten für Reichsversicherung (Neue Folge der Amtl. Nachrichten des RVersA.) abgedruckt]

[O Wird in den „Entscheidungen und Mitteilungen", herausgegeben von Mitgliedern des RVersA. (EuM.), abgedruckt]

**O 94. § 182 Ziff. 1 RVO. Eine Krankenkasse, die zur Wärmebehandlung ein elektrisches Heizkissen abgegeben hat, ist nicht verpflichtet, auch die Kosten für den elektrischen Strom zu erstatten.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 10. Jan. 1935, IIa K 36/34[1].) [K.]

*

95. § 358 RVO. Zur Frage der Zuständigkeit der Versicherungsbehörden bei Streitigkeiten wegen Angleichung der Dienstbezüge der Kassenangestellten an die Bezüge der Reichsbeamten.

Auf Anweisung des OVersA. und entsprechende Anordnung des VersA. hatte der Krankenkassenvorstand beschlossen, zur Angleichung der Bezüge der Kassenangestellten an die Bezüge der Reichsbeamten unter anderen auch die Bezüge des Angestellten B. durch Rückstufung und anderweite Festsetzung des Besoldungsdienstalters neu zu regeln. Damit war B. nicht einverstanden und rief die Entsch. des VersA. an. Dieses hat durch Entsch. den Anspruch auf Rückgängigmachung der beschlossenen Angleichung zurückgewiesen und seine Zuständigkeit aus § 358 RVO. angenommen. Auf Beschw. hat das OVersA. die Entsch. des VersA. aufgehoben mit der Begr., daß es die vom Kassenvorstand beschlossene Angleichung der Dienstbezüge bereits vorher genehmigt habe und das VersA. daher zur Entsch. über die Rechtmäßigkeit der darauf erfolgten Rückstufung nicht zuständig gewesen sei. Gegen diese Entsch. hat B. weitere Beschw. beim RVersA. eingelegt.

Es war zunächst zu prüfen, ob die weitere Beschw. trotz des gegenteiligen Vermerks in der angefochtenen Entsch. zulässig ist. Offenbar hat das OVersA. seine Entsch. deshalb für endgültig bezeichnet, weil den Ausgang des Verfahrens eine Streitigkeit aus dem Dienstverhältnis eines der Dienstordnung unterstellten Angestellten bildete und das VersA. im Rahmen des § 358 RVO. entschieden hatte. Tatsächlich hat das OVersA. aber die Voraussetzungen für einen Streit nach § 358 RVO. als nicht gegeben erachtet und gerade um deswillen die Entsch. des VersA. aufgehoben, weil § 358 nicht anwendbar gewesen sei. Hat hiernach aber das OVersA. die Voraussetzungen eines Streites nach § 358 ausdrücklich verneint, so hat es außerhalb des Rahmens des § 358 entschieden, für die Anfechtbarkeit seiner Entsch. ist daher die allgemeine Vorschr. des § 1797 und nicht die des § 358 RVO. gegeben. Tatsächlich richtet sich auch die weitere Beschw. in erster Linie daaegen, daß das OVersA. die Zuständigkeit des VersA. verneint hat. Der BeschwF. verfolgt daher mittels der weiteren Beschw. vor allem seinen Anspruch auf sachliche Entsch. im Rahmen des § 358 RVO. Die Rechtslage ist in einem solchen Falle keine andere, als wenn sich im Feststellungsverfahren der Unfallversicherung das OVersA. zur Entsch. über Angelegenheiten, in denen der Rekurs ausgeschlossen ist, für sachlich unzuständig erklärt hat. Der Rekurs ist alsdann zulässig. Somit ist die weitere Beschw. zulässig; sie war auch hinsichtlich der Zuständigkeit der Versicherungsbehörden von Erfolg. Entgegen der Auffassung des OVersA. hat der BeschwF. einen Anspruch auf Nachprüfung seiner Einstufung im Verfahren nach § 358 RVO., so daß also die sachliche Zuständigkeit des VersA. im ersten Rechtszuge gegeben ist. Zu Unrecht verneint das OVersA. diese Zuständigkeit mit dem Hinweis auf den Ausgleichungserlaß des Hess. Min. v. 22. Juni 1933 i. Verb. m. der 2. NotVO. des RPräs. v. 5. Juni 1931, § 7 Abs. 4 2. Teil Kap. I i. d. Fass. der 3. NotVO. v. 6. Okt. 1931. Diese VO. schließen das Recht der Angestellten, ihre vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse im Wege des § 358 RVO. zu verfolgen, nicht aus. Insbesondere gilt nach § 49 Abs. 2 des Gesetzes zur Änderung von Vorschr. auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933 für Angestellte, deren Bezüge in einem Tarifvertrag oder in einer Dienstordnung geregelt sind, die Vorschr. des § 41 Abs. 2 des Gesetzes nicht, nach der die zur Durchführung der Gehaltsangleichung getroffenen Maßnahmen der Nachprüfung im ordentlichen Rechtsweg oder im Verfahren vor Verwaltungsgerichten usw. nicht unterliegen. Es ist somit das Streitverfahren nach § 358 RVO. im vorl. Fall statthaft. Hiernach war die angefochtene Entsch. aufzuheben. Mit der weiteren sachlichen Frage, ob die Angleichung im Einklang mit den gesetzlichen Vorschr. erfolgt ist, hatte sich das RVersA. nicht zu befassen. Die Entsch. darüber steht den in § 358 RVO. genannten Versicherungsbehörden und danach gegebenenfalls den ArbG. zu, da es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt. Daher ist die Sache zur Entsch. an das OVersA. zurückverwiesen worden.

(RVersA., Entsch. v. 6. März 1935, II K 91/34.) [Z.]

*

96. § 371 RVO. Zur Frage der Zulässigkeit der Belegung privater Krankenanstalten mit Kassenmitgliedern. Begriff „Krankenhäuser".

In N. besteht neben dem städtischen Krankenhaus eine private Frauenklinik von Dr. G. In dem städtischen Krankenhause behandelten die Kassenärzte ihre Patienten selbst, bis die Stadtverwaltung Ärzte in ihrem Krankenhause anstellte. Der Kassenarzt Dr. K. legte darauf seine Kassenpatienten nach Vereinbarung mit Dr. G. in dessen Klinik. Der Kassenverband des Bezirks verlangte jedoch von den Kassenärzten, daß sie ihre Patienten zu klinischer Behandlung dem städtischen Krankenhaus überweisen sollten. Als im April 1934 die Landkrankenkasse und die Ortskrankenkasse des Bezirks in mehreren Fällen die Genehmigung zur Aufnahme von Patienten des Dr. K. in die Privatklinik des Dr. G. versagten und die Patienten in das städtische Krankenhaus einwiesen, haben die beiden Ärzte Dr. K. und Dr. G. Beschw. beim VersA. eingelegt. Die beiden Kassen haben beantragt, die Beschw. zurückzuweisen. Sie stützen ihr ablehnendes Verhalten auf § 371 RVO. und sind der Ansicht, daß Privatkliniken keine Krankenhäuser i. S. dieser Vorschr. und des § 184 Abs. 5 RVO. seien. Im übrigen sei es auch Pflicht der Kassenvorstände, die kommunalen Krankenhäuser lebensfähig zu erhalten. Das VersA. hat die Beschw. der beiden Ärzte mit der Begr. abgewiesen, daß die Satzungen beider Kassen gem. § 371 Abs. 1 RVO. die Vorstände ermächtigt hätten, die Krankenhausbehandlung nur durch bestimmte Krankenhäuser zu gewähren. Demgemäß hätten die Vorstände das städtische Krankenhaus in N. bestimmt. Gegen diese Entsch. hat Dr. K. Beschw. an das OVersA. eingelegt. Inzwischen hatte er selbst eine Privatkrankenanstalt in der Stadt errichtet und nach Erhalt der Genehmigung durch das Landesgesundheitsamt eröffnet. Ein Antrag auf Aufnahme eines Kassenmitgliedes zur Vornahme einer Bruchoperation wurde aber wieder von der Ortskrankenkasse abgelehnt. Das OVersA. lehnte die Beschw. ab, weil Privatkliniken, die überwiegend den eigenen Interessen des Klinikinhabers dienten, nicht als Krankenhäuser i. S. des § 371 RVO. zu betrachten seien. Dagegen hat Dr. K. weitere Beschw. beim RVersA. eingelegt mit dem Bemerken, daß sich diese nur noch gegen den Ausschluß seiner eigenen Klinik richte.

Das RVersA. hat die Vorentscheidungen aufgehoben und festgestellt, daß die Krankenkassen nicht berechtigt sind, die Bezahlung der Klinik des BeschwF. für die Behandlung gem. § 371 Abs. 1 und 2 RVO. abzulehnen.

Die Auffassung des VersA., daß die satzungsmäßige Ermächtigung nach § 371 Abs. 1 RVO. den Kassenvorständen die unbeschränkte Freiheit gäbe, Krankenhäuser zur ausschließlichen Behandlung der Kassenmitglieder und ihre Angehörigen zu bestimmen und alle anderen auszuschließen, ist rechtsirrig. Nach § 371 Abs. 2 RVO. i. d. Fass. des Ges. v. 14. Aug. 1933 (RGBl. I, 581) ist der frühere Rechtszustand geändert, nach dem es im freien Ermessen der Kassen lag, mit Inhabern privater Krankenanstalten Verträge über die Aufnahme und Pflege ihrer Mitglieder zu schließen. Die Krankenkassen sind jetzt vielmehr verpflichtet, auch private Krankenanstalten zuzulassen, sofern sie den in § 371 Abs. 2 Satz 1 RVO. enthaltenen allgemeinen Richtlinien entsprechen, also Gewähr für ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung bieten sowie angemessene Bedingungen haben. In der Begr. zu dieser Gesetzesänderung hat der RArbM. ausgeführt: „Die privaten Krankenhäuser sind an sich schon den öffentlichen gegenüber durch unterschiedliche Besteuerung in ungünstigerer Lage. Die Lage dieser Anstalten hat sich bei den schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen der Gegenwart mehr

und mehr verschlechtert, und es besteht die Gefahr, daß ein Teil von ihnen geschlossen werden muß. Dies würde die weitere Wirkung nach sich ziehen, daß das Personal dieser Anstalten stellungslos und die Zahl der Arbeitslosen vermehrt würde, eine Folge, die mit den Zielen der Reichsregierung nicht im Einklang stünde." Daraus erhellt eindeutig die Absicht des Gesetzgebers, die bisher den Krankenkassen gegebene Möglichkeit, private Krankenanstalten nach ihrem Ermessen aus irgendwelchen Gründen auszuschließen, durch bindende Richtlinien für die Auswahl der Krankenhäuser (§ 371 Abs. 2 Satz 1) zu beschränken, und, soweit sie diesen allgemeinen Richtlinien entsprechen, den Ausschluß nur aus einem wichtigen, vom OVersA. zu prüfenden Grunde (§ 371 Abs. 2 Satz 2) mit dessen Zustimmung zu gestatten.

Die Entsch. des VersA. verstößt somit gegen das geltende Recht. Die Entsch. des OVersA. ist ebenfalls nicht einwandfrei. Zwar hat es nicht verkannt, daß § 371 Abs. 2 auch die privaten Krankenanstalten schützt. Es hat aber geglaubt, den Begriff „Krankenhäuser" einschränkend auslegen und solche Krankenanstalten ausnehmen zu sollen, die überwiegend der eigenen Praxis des Klinikinhabers dienstbar sind. Dafür fehlt es an jedem Anhalt im Gesetz. Aus der angeführten Begr. der Gesetzesänderung ergibt sich das Gegenteil. Gerade die privaten Anstalten, die sog. Privatkliniken der Ärzte, sollten den gleichen Schutz erhalten, wie die öffentlichen und gemeinnützigen Krankenanstalten. Daher waren die Entsch. der Vorinstanzen aufzuheben. Die Kassen haben auch nicht geltend gemacht, daß die neue Klinik des BeschwF., um die es sich jetzt allein noch handelt, den allgemeinen Richtlinien (§ 371 Abs. 2 Satz 1) nicht entspreche. Aus einem anderen Grunde können sie eine Klinik aber nur ausschließen, wenn das OVersA. diesen Grund für wichtig erachtet und förmlich seine Zustimmung zum Ausschluß erteilt hat. Das ist nicht geschehen. Solange aber die Zustimmung des OVersA. nicht erteilt ist, sind die Kassen nicht berechtigt, die Behandlung der Kassenmitglieder in der Klinik des BeschwF. abzulehnen, wenn sie den allgemeinen Richtlinien genügt.

(RVersA., Entsch. v. 31. Okt. 1934, II K 57/34 BS.) [Z.]

*

97. § 595a RVO. Voraussetzungen für die Witwenbeihilfe. Hat ein Verletzter bis zu seinem Tode eine Rente von 50 % der Vollrente oder mehrere Renten aus der Unfallversicherung bezogen, deren Hundertsätze zusammen die Zahl 50 erreichen, und ist der Tod nicht Folge des Unfalls, so hat seine Witwe Anspruch auf Witwenbeihilfe gemäß § 595a RVO., ohne daß eine Nachprüfung darüber zulässig ist, ob der Verletzte Schwerbeschädigter i. S. des § 559b Abs. 1 RVO. gewesen ist.

Der Hauer B. hatte von der bekl. BerGen. wegen einer Lungenerkrankung, die als schwere Staublungenerkrankung anerkannt war, bis zu seinem Tode die Vollrente erhalten. Dagegen sind die Ansprüche der Witwe auf Sterbegeld und Hinterbliebenenrente abgelehnt worden, weil nach dem Ergebnis der Leichenöffnung der Tod des B. nicht auf eine schwere Staublungenerkrankung, sondern auf eine schwere fortschreitende Blutarmut (perniziöse Anämie) zurückzuführen ist, die mit der Staublungenerkrankung in keinem Zusammenhang steht. Die von der Witwe eingelegten Rechtsmittel sind erfolglos geblieben.

Nunmehr hat die Witwe beantragt, ihr die gem. § 595a RVO. zustehende Witwenbeihilfe zu zahlen. Die Bekl. hat jedoch auch diesen Anspruch abgelehnt, weil bei dem verstorbenen Ehemann eine schwere Staublungenerkrankung überhaupt nicht vorgelegen habe und er daher, obwohl er bis zu seinem Tode die Vollrente bezogen habe, nicht als Schwerbeschädigter i. S. des § 559b RVO. anzusehen sei. Denn nach den auf Grund der Leichenöffnung erstatteten Gutachten habe überhaupt keine schwere Staublungenerkrankung vorgelegen, so daß er die ihm zu Lebzeiten gewährte Vollrente zu Unrecht bezogen habe. Auf die Ber. der Kl. hat das OVersA. die Sache gem. § 1693 RVO. dem RVersA. zur grundsätzlichen Entsch. vorgelegt. Dieses hat den ablehnenden Bescheid aufgehoben und die Bekl. zur Gewährung der Witwenbeihilfe verurteilt.

Gemäß § 595a RVO., der auf Grund des Art. 19 des 2. Ges. über Änderungen in der Unfallversicherung v. 14. Juli 1925 (RGBl. I, 97 ff.) in die RVO. eingefügt ist, erhält die Witwe eines Schwerverletzten, wenn sie keinen Anspruch auf Witwenrente hat, weil der Tod des Verletzten nicht Folge eines Unfalls war, $^2/_5$ des JAV. als einmalige Witwenbeihilfe. Schwerverletzter i. S. des § 595a RVO. ist, wie sich aus der in diesem Paragraphen enthaltenen Verweisung auf § 559b Abs. 1 RVO. ergibt, ein Verletzter, der eine Rente von 50 oder mehr Prozent der Vollrente oder mehrere Renten aus der Unfallversicherung bezieht, deren Hundertsätze zusammen die Zahl 50 erreichen. Die Rechtsauffassung der Bekl. wäre dann zutreffend, wenn der Anspruch auf Witwenbeihilfe aus § 595a RVO. rechtlich dem Anspruch auf Sterbegeld und Hinterbliebenenrente (§ 586 RVO.) gleichzustellen wäre, weil nach der ständigen Rechtsübung der RVersA. diese Ansprüche von dem Rentenanspruch des Verletzten unabhängige, völlig selbständige Ansprüche sind, deren Berechtigung ohne Bindung an die Rechtskraft einer dem Verletzten gegenüber ergangenen Entsch. von neuem zu prüfen ist. Würde also der Anspruch auf Witwenbeihilfe aus § 595a RVO. rechtlich den Ansprüchen aus § 586 RVO. gleichzustellen sein, so wäre nach dem Tode eines Verletzten, der bisher 50 % Rente aus der Unfallversicherung bezogen hat, eine erneute Prüfung der Frage geboten, ob er bis zu seinem Tode durch Folgen eines Unfalls oder, was nach § 547 RVO. dem gleichzustellen wäre, durch Folgen einer Berufskrankheit um wenigstens 50 % in seiner Erwerbsfähigkeit gemindert, mithin Schwerverletzter gewesen ist.

Der Anspruch auf Witwenbeihilfe aus § 595a RVO. ist jedoch nicht als ein selbständiger Anspruch, sondern als Ausfluß des dem Verletzten zustehenden Anspruchs auf Verletztenrente anzusehen. Die Witwenbeihilfe bildet den Abschluß der dem Verletzten bis zu seinem Tode gewährten Rentenzahlungen und soll einen Ausgleich dafür darstellen, daß Schwerverletzte wegen der erheblichen Verminderung ihrer Erwerbsfähigkeit im allgemeinen vor ihrem Tode nicht Gelegenheit gehabt haben werden, Fürsorge für ihre Familie zu treffen. Dabei kann es nach der Auffassung des RVersA. nicht darauf ankommen, ob der Verletzte die ihm bis zu seinem Tode gewährte Rente als Schwerverletzter sachlich zu Recht oder zu Unrecht bezogen hat.

Für eine solche Auslegung spricht auch der Wortlaut des Gesetzes.

§ 595a RVO. verweist zur Erläuterung des Begriffs „Schwerverletzter" ausdrücklich auf § 559b Abs. 1 RVO. Nach der Fassung dieser Vorschr. ist für die Annahme der Schwerverletzteneigenschaft lediglich Voraussetzung, daß der Verletzte eine Rente von wenigstens 50 % bezieht. Da der verstorbene Ehemann der Kl. bis zu seinem Tode Vollrente bezogen hat und die Kl. keinen Anspruch auf Witwenrente hat, ist also bei wortgemäßer Auslegung des Gesetzes die Bekl. zur Gewährung der Witwenbeihilfe verpflichtet.

Das RVersA. vermochte der Ansicht der Bekl. nicht beizutreten, daß diese dem Wortlaut folgende Auslegung des Gesetzes eine mit dem Rechtsempfinden nicht zu vereinbarende Unbilligkeit darstelle und schon deshalb abzulehnen sei, weil der Gesetzgeber, wie § 24 des Ges. zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit der Knappschafts-, Invaliden- und Angestelltenversicherung v. 7. Dez. 1933 (RGBl. I, 1039) erkennen lasse, formalrechtliche Bindungen an objektiv zu Unrecht gewährte Leistungen beseitigen wolle. Denn der Zweck der Vorschr. des § 595a RVO. geht dahin, die Witwe eines Empfängers einer Unfallrente, der infolge der — zu Recht oder zu Unrecht — gewährten hohen Unfallrente seinen gesamten Haushalt auf diese Rente eingestellt und sich, auch wenn er vielleicht dazu noch in der Lage gewesen wäre, mit Rücksicht auf diese Rente keinen anderweitigen Erwerb oder bei Unmöglichkeit körperlicher Betätigung keine anderweitige Unterstützung gesucht hat, im Augenblick des Todes ihres Ernährers nicht völlig mittellos der Not preiszugeben. Die Gewährung der Witwenbeihilfe stellt, unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, auch kein objektives Unrecht dar. Denn wenn die Bekl., von irrigen Voraussetzungen ausgehend, die Rente gewährt und dadurch mittelbar die sonst mit Sicherheit zu erwartenden Versuche des Verletzten, anderweit für seinen Lebensunterhalt etwas zu erhalten, verhindert hat, so muß sie die Folgen dieses Irrtums auch insoweit tragen, als sie die gesetzlich vorgesehene Abschlußzahlung aus dieser Rente zu gewähren hat. Es geht nicht an, daß die Witwe des bisher als schwerverletzt anerkannten Rentenempfängers plötzlich deshalb jeder Zuwendung seitens des Versicherungsträgers beraubt wird, weil sich nach seinem Tode herausstellt, daß die Annahme, die vorl. Körperschädigung sei Unfallfolge oder eine Berufskrankheit, unrichtig war.

Das RVersA. ist daher der Überzeugung, daß der Gesetzgeber bewußt die Gewährung der Witwenbeihilfe lediglich davon abhängig gemacht hat, daß der Verstorbene eine Rente von wenigstens 50 % bezogen hat. Diese Überzeugung wird dadurch bestärkt, daß das 2. Ges. über Änderungen in der Unfallversicherung vom 14. Juli 1925 (RGBl. I, 97), durch das § 595a in die RVO. eingefügt worden ist, von einer sehr wohlwollenden Einstellung gegen die Verletzten und ihre Angehörigen getragen war, wie die zahlreichen durch dieses Gesetz der RVO. eingefügten Vorschr. ergeben, die sich ausnahmslos zugunsten der Verletzten auswirken und die Verpflichtungen der Versicherungsträger ihnen gegenüber zum Teil nicht unerheblich erweitern. Wenn also Zweifel bei der Auslegung der durch dieses Änderungsgesetz gestalteten Vorschr. bestehen, so ist diese Grundeinstellung des Ges. v. 14. Juli 1925 in Betracht zu ziehen.

Bedenken gegen die hiernach gebotene Auslegung des § 595 a RVO. können nicht aus den entsprechenden Vorschr. des RVG. und den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen hergeleitet werden. Denn während § 595 a RVO. die Gewährung der Witwenbeihilfe bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zwingend vorschreibt, lautet § 40 RVG.: „Ist der Tod nicht die Folge einer Dienstbeschädigung, so kann der Witwe eines Schwerbeschädigten im Falle der Bedürftigkeit eine Witwenbeihilfe gewährt werden." Wenn daher in Nr. 1 Abs. 5 der zu den §§ 40, 42 RVG. ergangenen AusfBest. gesagt ist, daß die Witwenbeihilfe nicht bewilligt werden könne, wenn sich herausstelle, daß das Rentenleiden des Verstorbenen zu Unrecht als Folge einer Dienstbeschädigung anerkannt sei, so läßt sich hieraus im Hinblick auf den grundsätzlich anders gefaßten Wortlaut der Gesetzesvorschriften kein Anhaltspunkt für die Auslegung des § 595 a RVO. gewinnen.

Im übrigen sprechen für diese aus Rechtsgründen gebotene Auslegung des § 595 a RVO. auch schwerwiegende praktische und wirtschaftliche Erwägungen. Würde die erneute Nachprüfung der Schwerverletzteneigenschaft nach dem Tode des Rentenberechtigten möglich sein, so würden die Versicherungsträger der Unfallversicherung verpflichtet sein, in allen denjenigen Fällen, in denen der Tod der Schwerverletzten nicht Folge eines Unfalls war, erneut zu prüfen, ob der Verstorbene zur Zeit des Todes wirklich Schwerverletzter war. Es würde sich die Nachprüfung dann nicht nur allein darauf zu erstrecken haben, ob die Gesundheitsschädigung, die bei der Rentengewährung als Unfallfolge oder als Berufskrankheit anerkannt worden war, tatsächlich mit einem Betriebsunfall in ursächlichem Zusammenhang stand oder Berufskrankheit gewesen ist, sondern es müßte weiter geprüft werden, ob die Minderung der Erwerbsfähigkeit zur Zeit des Todes tatsächlich 50 % oder mehr betragen hat. Durch die hierdurch notwendig werdenden Ermittlungen (ärztliche Gutachten, Leichenöffnungen, Zeugenvernehmungen usw.) würde aber für die Versicherungsträger und die Rechtsmittelinstanzen eine Mehrbelastung entstehen, die mit den Ersparnissen, die durch das Ergebnis eines solchen Nachprüfungsverfahrens möglicherweise erreicht werden, nicht zu rechtfertigen ist. Denn Fälle, in denen Unfallrenten von 50 % und mehr zu Unrecht gewährt worden sind, dürften doch die Ausnahme bilden, selbst wenn bei den sogenannten Silikosefällen häufiger Irrtümer bei der Anerkennung solcher Fälle vorkommen mögen, was durch die Schwierigkeit der Erkennung dieser Berufskrankheit zu erklären ist.

Wenn also ein Verletzter bis zu seinem Tode eine Rente von 50 % der Vollrente oder mehrere Renten aus der Unfallversicherung bezogen hat, deren Hundertsätze zusammen die Zahl 50 erreichen, und der Tod nicht Folge eines Unfalls ist, so hat seine Witwe Anspruch auf Witwenbeihilfe gem. § 595 a RVO., ohne daß eine Nachprüfung darüber zulässig ist, ob der Verletzte Schwerverletzter i. S. des § 559 b Abs. 1 RVO. gewesen ist.

In Anwendung dieses Grundsatzes ergibt sich für die vorl. Streitsache, daß die Kl. Anspruch auf die einmalige Witwenbeihilfe hat, denn ihr Ehemann bezog bis zu seinem Tode die Vollrente, er war also Schwerbeschädigter, und der Tod ist nicht Folge eines Unfalls oder einer Berufskrankheit. Das RVersA. hat daher gem. § 1715 Abs. 1 RVO. selbst entschieden und unter Aufhebung des angefochtenen Bescheides die Bekl. zur Gewährung der Witwenbeihilfe aus § 595 a RVO. verurteilt.

(RVersA., Entsch. v. 18. Jan. 1935, Ia 2741/34, EuM. 37, 182.) [Z.]

*

****O 98.** § 1506 Abs. 2 Nr. 2 RVO. Bei der Feststellung, welche Aufwendungen für wiederkehrende Geldleistungen zu Lasten des Trägers der Krankenkasse bleiben, ist der Aufwand für die dort bezeichnete gesamte Unterstützungszeit den Leistungen gegenüberzustellen, die dem Träger der Unfallversicherung auf Grund der Unfallversicherung für diese Zeit insgesamt obliegen (vgl. Entsch. 3216, ANachrfRVers. 1928, IV 265).

§ 1506 Abs. 2 Nr. 2 bestimmt lediglich, daß die dem Verletzten vom Beginne der neunten Woche an gewährten Aufwendungen für wiederkehrende Geldleistungen, wozu nach § 1507 Nr. 1 zweifelsfrei auch das hier in Rede stehende Hausgeld gehört, zu Lasten des Trägers der Unfallversicherung gehen, und daß zu Lasten der Krankenkasse für die Zeit, in der der Träger der Unfallversicherung zur Gewährung einer Rente verpflichtet ist, ihre Aufwendungen bleiben, soweit sie über das hinausgehen, was der Träger der Unfallversicherung auf Grund dieser zu leisten hat.

Wie in § 1506 Abs. 2 Nr. 1 RVO. spricht der Gesetzgeber also nur allgemein von „Aufwendungen", ohne auf die einzelne Leistung abzustellen. Wie schon das VersA. ausgeführt hat, unterscheiden sich die beiden Gesetzesvorschriften (Nr. 1 und Nr. 2) nur dadurch, daß der zu Lasten der Krankenkasse verbleibende Betrag in Nr. 1 der zwei Drittel des Grundlohns übersteigende, in Nr. 2 der die Aufwendungen des Trägers der Unfallversicherung, die er auf Grund dieses gemacht hat, übersteigende Betrag ist. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb die vom RVersA. in der Entsch. 3216 (ANachrfRVers. 1928, IV 265) dargelegten Gesichtspunkte, daß es für die Berechnung des nach Nr. 1 in Frage kommenden Betrages auf den ganzen in Betracht kommenden Zeitraum ankomme, für die Berechnung des nach Nr. 2 etwa zu erstattenden Betrages nicht ebenfalls Geltung haben sollten. Die Fassung der Ausgleichsvorschriften, insbes. des § 1506 RVO. spricht dafür, daß sich die Verteilung der Lasten nach größeren Zeitabschnitten regeln sollte, andernfalls hätte es im Gesetz ausdrücklicher Vorschr. bedurft. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht vor allem auch, daß nur mit ihr zu zweckmäßigen, der Sachlage entsprechenden einfachen Berechnungen und Ergebnissen zu gelangen ist.

(RVersA., 1. RevSen., Urt. v. 10. Jan. 1935, IIa KE 16/34[1]). [K.]

*

99. § 70 ArbVermG. Versicherungsfreiheit einer Beschäftigung bei Notstandsarbeiten innerhalb eines Forstbetriebes.

Der Perlenmacher G. war vom 1. Okt. 1933 als Notstandsarbeiter im Staatsforst bei einem Forstamt im Wegebau beschäftigt gewesen. Es war zu entscheiden, ob diese Beschäftigung, die als Notstandsarbeit i. S. von § 139 ArbVermG. bei einem in eigener Regie innerhalb des forstwirtschaftlichen Betriebes von einem Forstamt durchgeführten Wegebau ausgeübt wird, als „Beschäftigung in der Forstwirtschaft" i. S. des § 70 ArbVermG. versicherungsfrei ist. Dies ist zu bejahen. Entscheidend ist nicht die berufliche Eigenart der Beschäftigung, sondern die betriebliche Zugehörigkeit des Arbeitnehmers. Unter „Beschäftigung in der Forstwirtschaft" ist also eine Beschäftigung in einem forstwirtschaftlichen Betriebe zu verstehen. Hiernach genügt es im allgemeinen, daß die fragliche Tätigkeit in einem forstwirtschaftlichen Betriebe ausgeübt wird ohne Rücksicht darauf, ob sie selbst forstwirtschaftlicher Art ist. Nach den tatsächlichen Feststellungen sind die Wegebauarbeiten im Forst, bei denen G. als Notstandsarbeiter beschäftigt worden ist, vom Forstamt in eigener Regie und in dessen Bereich ausgeführt worden; sie haben ausschließlich der Holzabfuhr und damit den besonderen Bedürfnissen der Forstwirtschaft und der Hebung der Wirtschaftlichkeit des Forstbetriebes gedient. In einem solchen Falle steht zunächst die Zugehörigkeit des Beschäftigten zu einem forstwirtschaftlichen Betriebe i. S. des § 70 außer Frage, so daß die Versicherungsfreiheit der Beschäftigung festzustellen ist. Dem steht nicht entgegen, daß diese Arbeiten als Notstandsarbeiten i. S. des § 139 zur Beschaffung von Arbeitsgelegenheit für Arbeitslose ausgeführt worden sind, da es sich um Arbeiten handelt, die nur in dem Sinne zusätzlich sind, daß sie vom Forstamt zum Zwecke der Arbeitsbeschaffung vorweg genommen sind und sich nach ihrer Zweckbestimmung im Rahmen des forstwirtschaftlichen Betriebes erhalten haben.

(RVersA., Entsch. v. 23. Nov. 1934, IIIa Ar 33/34; EuM. 37, 144.) [Z.]

*

100. § 143 a ArbVermG. Die Beitragspflicht des Arbeitgebers nach § 143 a ArbVermG. ist jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die zuständige Einzugsstelle den zur Abgabe der Befreiungsanzeige bereiten Arbeitgeber ausdrücklich veranlaßt hat, von der Erstattung der Befreiungsanzeige Abstand zu nehmen.

Nach § 85 a Abs. 1 ArbVermG. hat der Arbeitgeber, wenn eine Beschäftigung, die der Pflicht zur Krankenversicherung oder Angestelltenversicherung unterliegt, von der Pflicht zur Arbeitslosenversicherung frei ist, das schriftlich derjenigen Stelle anzuzeigen, die ohne die Versicherungsfreiheit Einzugsstelle wäre (Befreiungsanzeige). Nach § 143 a ist der Arbeitgeber, der diese Anzeige nicht erstattet, beitragspflichtig, er hat bis zum Ende der Kalenderwoche, in der die Befreiungsanzeige eingeht, seinen Beitragsanteil zu zahlen. Die beiden Vorschr. der §§ 85 a und 143 a stellen zweifellos Ordnungsvorschriften dar. Einen Einfluß auf das Versicherungsverhältnis des Arbeitnehmers hat die Unterlassung der Anzeige nicht. Erstattet der Arbeitgeber die Befreiungsanzeige nicht form- und fristgemäß, so wird ihm ein Ordnungsbeitrag auferlegt. Diese Ordnungsstrafe kann ihrem Wesen nach nur den säumigen Arbeitgeber treffen. Ein Arbeitgeber, der die Anzeige auf Veranlassung der zuständigen Einzugsstelle nicht erstattet, kann aber nicht als säumig angesehen werden. Er kann daher auch nicht mit einer Ordnungsstrafe belegt werden. Für ihn gilt vielmehr die Vorschr. des § 165 a ArbVermG., wonach Beiträge, die irrtümlich entrichtet worden sind, zurückgefordert werden können.

(RVersA., Entsch. v. 7. Nov. 1934, III Ar 50/34 BS; EuM. 37, 158.) [Z.]

Reichsversorgungsgericht

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsversorgungsgerichts abgedruckt]

101. § 79 des Ges. zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, Besoldungs- und Versorgungsrechts v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433, 447), der ein Befreien von der Rückzahlungspflicht vorsieht, gilt nicht nur dann, wenn ein Ruhen der Versorgungsgebührnisse nach bisherigem Recht nicht eingetreten war, die Leistungen also zu bewirken gewesen waren, sondern ganz allgemein (also auch, wenn der Fiskus eine Rückzahlung zu Unrecht empfangener Gebührnisse aus früherer Zeit verlangt), für alle Fälle, in denen ein Anspruch auf die Leistungen nicht besteht, mithin die Versorgungsgebührnisse nach neuem Recht ruhen.

(RVersorgGer., Entsch. v. 8. Okt. 1934, M 12024/32, 1.)

*

102. Es soll zwar keinem Kriegsbeschädigten verwehrt sein, Erholung und Vergnügen innerhalb des durch seinen Leidenszustand gebotenen Rahmens zu genießen. Läßt der Versorgungsberechtigte jedoch die gebotene Vorsicht, zu der er auch mit Rücksicht auf seine Angehörigen moralisch verpflichtet ist, außer acht und tritt infolge der Überschreitung, vor der er sogar noch gewarnt worden ist, ein Unfall ein, so kann dieser nicht mehr als DB.-Folge aufgefaßt werden; denn in dem eigenen, bewußt fahrlässigen Verhalten des Beschädigten liegt eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges.

(RVersorgGer., Urt. v. 19. Dez. 1934, M 13431/32, 10.)

*

103. Bei der Kapitalversicherungsanstalt in Hannover handelt es sich nicht um eine Anstalt des öffentlichen Rechts; daher nicht unter § 57 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 erste Hälfte RBG. i. d. Fass. des Ges. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) fallend.

(RVersorgGer., Entsch. v. 27. Dez. 1934, M 5597/33, 2.)

*

104. Dienstaufwandsgelder, die nicht für dienstliche Zwecke, sondern nur aus dienstlichen Gründen zur freien Verwendung im eigenen Nutzen des Dienstverpflichteten gewährt werden, sind bei der Feststellung des dem Ruhen zugrunde liegenden Einkommens nach § 62 RVersorgG. nicht abzugsfähig, weil sie Zuschüsse sind, die dem Empfänger über den üblichen Lohn hinaus zur Befriedigung persönlicher, ihm durch die Art seiner Dienstleistung erwachsender höherer Lebenshaltungskosten gezahlt werden; sie stellen tatsächlich eine Lohnerhöhung dar und gehören deshalb mit zum Einkommen des Empfängers. Anders verhält es sich mit den Auslagen, die der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer macht und die ihm von dem Arbeitgeber ersetzt werden, weil sie unmittelbar für dienstliche Zwecke gemacht werden; diese Gelder haben mit den Einnahmen des Arbeitnehmers nichts zu tun, sind also nicht als „Einkommen" anzusehen. Solche Auslagen müssen daher bei der Ruhensberechnung außer Ansatz bleiben. Dies gilt vor allem auch für die Erstattung der Fahrtkosten.

(RVersorgGer., Urt. v. 16. Dez. 1934, M 34678/31, 2.)

*

105. Zurücknahme eines Rechtsmittels durch einen unabwendbaren Irrtum (vgl. RVersorgGer. IX, 18 Nr. 6) liegt vor, wenn ein nicht rechtskundiger Versorgungsberechtigter durch den rechtskundigen Vorsitzenden des VersorgGer. falsch belehrt wurde.

(RVersorgGer., Urt. v. 22. Jan. 1935, M 31744/31, 1.)

*

106. Bei Streitigkeiten über die Ergänzung des Ruhegehalts der Beamten auf Grund des § 7 PensErgG. sind die ordentlichen Gerichte zuständig, auch wenn der Anspruch auf Ergänzung auf eine Verwendung als Soldat im aktiven Heere gestützt wird. Die Bestimmungen über die Festsetzung und die endgültige Verrechnung der nach § 7 PensErgG. in Betracht kommenden Ruhegehaltsergänzung greifen in die Vorschriften über den Rechtsweg nicht ein.

(RVersorgGer., Entsch. v. 30. Jan. 1935, M 28154/31, 12.)

*

107. Eine vom RVersorgGer. und von der obersten Verwaltungsbehörde in Versorgungssachen (RAM.) übereinstimmend vertretene Rechtsauffassung ist, auch wenn es sich um eine zweifelhafte Rechtsfrage handelt, doch als so gesichert anzusehen, daß Bescheide, die eine entgegenstehende Rechtsauffassung vertreten, als unrichtig i. S. des § 65 Abs. 2 VersG. zu gelten haben.

(RVersorgGer., Urt. v. 30. Jan. 1935, M 533/33, 2.)

*

108. Das Ruhen nach § 36 MVG., § 8 ARG. und § 105 RVersorgG. kann nur dann Platz greifen, wenn ein Diensteinkommen erdient worden ist. Das trifft nicht zu, wenn dem Versorgungsberechtigten durch Strafurteil auf die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkannt worden ist und er damit kraft Gesetzes (§ 35 Abs. 2 StGB.) sein Amt verloren hat, ohne daß noch irgendeine Entscheidung im Disziplinarwege stattgefunden hätte.

(RVersorgGer., Urt. v. 30. Jan. 1935, M 12064/32, 2.)

*

109. Hat ein Vormund die ihm für das Mündel zu Unrecht gezahlten Versorgungsgebührnisse bestimmungsgemäß für das Mündel verwendet, so können die gezahlten Beträge von dem Vormund nicht als „Versorgungsgebührnisse" zurückgefordert werden. Macht der Reichsfiskus in einem solchen Falle Erstattungsansprüche gegen den Vormund geltend, so kann hierüber nur im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten entschieden werden.

(RVersorgGer., Entsch. v. 5. Febr. 1935, M 1698/34, 4.)

*

110. Da die Zusatzrente nach § 3 Nr. 3 RVersorgG. zu den Versorgungsgebührnissen gehört, haben darüber, ob sie der Versorgungsberechtigte zu Unrecht empfangen hat, nicht die im § 94 RVersorgG. genannten Stellen, sondern nach § 73 VersG. die Versorgungsbehörden zu entscheiden. Als zu Unrecht empfangen würde die Zusatzrente nur dann anzusehen sein, wenn Gründe so schwerwiegender Art vorliegen, daß die Fürsorgestelle an ihre ursprüngliche Feststellung nicht für gebunden, vielmehr für berechtigt zu erachten ist, rückwirkend von ihrer Entscheidung, daß dem Versorgungsberechtigten Zusatzrente in dem ihm gewährten Umfange zustehe, abzugehen. Dies wäre dann der Fall, wenn die Tatsachen, auf welche die Fürsorgestelle sich bei der Feststellung der Zusatzrente gestützt hat, sich später als so unrichtig erweisen, daß man annehmen kann, die Fürsorgestelle, die nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden hat, werde bei richtiger Kenntnis der Verhältnisse zu einer anderen Entscheidung, hier also zur Ablehnung von Zusatzrente, gelangt sein. Muß letzteres verneint werden, so kann von zu Unrecht bezogenen Versorgungsgebührnissen und damit auch von einer berechtigten Rückforderung keine Rede sein.

(RVersorgGer., Entsch. v. 15. Febr. 1935, M 15152/32, 1.)

*

111. Ein „Entfallen" von Leistungen i. S. des § 79 Abs. 1 Satz 1 Ges. v. 30. Juni 1933 (RGBl. I, 433) liegt dann nicht vor, wenn die Parteien sich zu Recht darüber einig sind, daß die Versorgungsgebührnisse des Beschädigten den Ruhensvorschriften sowohl nach § 62 RVersorgG. i. d. Fass. der 2. VO. des RPräs. zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v. 5. Juni 1931 (RGBl. I, 279), als auch nach § 62 RVersorgG. i. d. Fass. des § 71 des Ges. v. 30. Juni 1933) vorliegen.

(RVersorgGer., Urt. v. 20. Febr. 1935, M 6685/33, 1.)

*

112. Der Ersatzanspruch aus § 21 Abs. 2 VO. über die Fürsorgepflicht v. 13. Febr. 1924 setzt sowohl die Gleichartigkeit als auch die Gleichzeitigkeit der Leistungen voraus. Vgl. jetzt § 21a daselbst i. d. Fass. der 2. NotVO. v. 5. Juni 1931.

(RVersorgGer., Entsch. v. 28. Febr. 1935, M 23628/31, 1.)

*

****113.** Die Zuständigkeit des RVersorgGer. nach § 90 Abs. 4 VersG. i. d. Fass. der Bek. v. 2. Nov. 1934 (RGBl. I, 1113) ist auch dann gegeben, wenn eine sachliche Entscheidung über den sie begründenden Streitgegenstand im Spruchverfahren nicht getroffen werden kann.

(RVersorgGer., Entsch. v. 2. März 1935, M 1627/35, 1, Grds.E.)

Preußisches Oberverwaltungsgericht

Berichtet von Senatspräsident v. Kries, Berlin

114. Polizeiliche Anordnung unwirtschaftlicher Instandsetzung eines abbruchreifen Mietshauses, § 41 Abs. 2 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77); §§ 4, 6, 36 MietSchG. v. 1. Juni 1923 i. d. Fass. der Bek. v. 17. Febr. 1928 (RGBl. I, 25) und v. 27. April 1933 (RGBl. I, 235). Der Polizeipflichtige kann zur Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes an Stelle des ihm aufgegebenen nicht ein anderes Mittel anbieten, über das er selbst nicht verfügt; er kann nicht verlangen, daß die Polizei sich an eine andere Person halten soll, der das angebotene Mittel zu Gebote steht.

R. ist Eigentümer eines Hauses in N. In diesem Hause wohnen mehrere Familien, die den Kündigungsschutz des MietSchG. genießen, darunter auch zwangsweise eingewiesene Mieter. Im Sept. 1932 zeigte R. der Pol. in N. an, daß für die Mieter infolge des schlechten baulichen Zustandes möglicherweise Lebensgefahr bestehe und bat um Besichtigung des Hauses und Feststellung seiner Baufälligkeit.

Mit Vfg. v. 15. Nov. 1932 teilte ihm die Ortspol. von N. die bei der Besichtigung im einzelnen festgestellten baulichen Mängel mit und forderte ihn zugleich unter Zwangsandrohung auf, zur Abwehr der durch diese Mängel drohenden Gefahren die notwendigen, im einzelnen näher bezeichneten baulichen Instandsetzungsmaßnahmen zu treffen, deren Kosten auf 250 *RM* geschätzt wurden. Der nach vergeblicher Beschw. von R. erhobenen Klage im VerwStrVerf. gab das BezVerwGer. statt. Die Rev. des bekl. Landrats wies das OVG. zurück.

Nach den Feststellungen des BezVerwGer. befand sich das Haus des Kl., nachdem es i. J. 1928 schon einmal aus Mitteln der Stadt mit einem Kostenaufwand von 800 *RM* instand gesetzt worden war, z. Z. der angegriffenen Vfg. wieder in einem alle Bewohner gefährdenden Zustande. Der Kl. hatte bereits mehrfach, so in den Jahren 1930 u. 1931, den Magistrat um die Abbruchsgenehmigung für das Haus gebeten. Diese Anträge waren jedoch abgelehnt worden. Der Ortspol. waren diese Vorgänge bekannt; sie konnte daher nicht im unklaren darüber sein, daß Kl. ernstlich die Absicht hatte, das Haus nicht weiter für Wohnungszwecke zu verwenden, sondern abzubrechen.

Aus diesem Tatbestand hat das BezVerwGer. den Schluß gezogen, daß die Pol. zu einem Eingriff zwar an sich berechtigt gewesen sei, daß sie aber das Räumungsangebot des Kl. als ein gleichwertiges Mittel der Gefahrenabwehr i. S. des § 41 Abs. 2 Satz 2 PolVerwG. hätte berücksichtigen und nunmehr die schleunige Räumung der Mietwohnungen hätte durchführen müssen. Indem sie auf der für den Eigentümer lästigeren Wiederherstellung des Hauses bestanden habe, habe sie sich offenbar nicht von polizeilichen, sondern von wohnungspolitischen Gesichtspunkten leiten lassen, wozu das PolVerwG. keine Grundlage biete.

Diese Ausführungen entsprechen insofern nicht dem geltenden Recht, als das PolVerwG. dem Polizeipflichtigen nicht die Befugnis gibt, an Stelle einer ihm aufgegebenen Leistung ein Ersatzmittel anzubieten, über das er nicht verfügt. Ihm steht nach dem klaren Wortlaut des Ges. nur die Möglichkeit offen, mit eingeholter Erlaubnis der Pol. ein anderes taugliches Mittel seinerseits „anzuwenden" (§ 41 Abs. 2 Satz 3 PolVerwG.), nicht aber vermag er von der Pol. zu verlangen, daß diese sich an eine andere Person halte, welcher das angebotene Mittel zu Gebote steht. Der Antrag des Kl., die Pol. möge, anstatt ihn zur Instandsetzung des Gebäudes anzuhalten, die Mieter des Hauses zur Räumung ihrer Wohnungen veranlassen, brauchte deshalb nicht berücksichtigt zu werden.

Auch der Umstand, daß sich die Pol. bei ihrem Vorgehen gegen den Kl. offenbar von wohnungspolitischen Rücksichten hat leiten lassen, würde die angegriffene PolVfg. nur dann unzulässig machen, wenn es sich um die Beseitigung nicht eines polizeiwidrigen Zustandes, sondern lediglich eines den Anforderungen der Wohnungspflege widersprechenden Zustandes gehandelt hätte (vgl. OVG. 78, 431, 434). Davon kann aber angesichts der vom BezVerwGer. selbst festgestellten drohenden Einsturzgefahr hier nicht gesprochen werden. War daher die Pol. nach den Grundsätzen des PolVerwG. berechtigt, gegen Kl. einzuschreiten, so ist ihre Vfg. nicht deshalb als rechtswidrig anzusehen, weil sie zugleich polizeifremde Ziele verfolgte. Denn nach feststehender Rspr. des Gerichtshofs kommt es für die Rechtmäßigkeit einer PolVfg. nur darauf an, ob sie im bestehenden Recht ihre Rechtfertigung findet, nicht aber auf die — möglicherweise unrichtigen — Beweggründe, welche die Pol. zum Erlaß der Vfg. veranlaßt haben (OVG. 76, 383, 385).

Endlich kann auch die vom Vorderrichter aus der sächs. Rspr. übernommene Erwägung, daß die Pol. unter mehreren zur Gefahrenabwehr möglichen Mitteln das für den Betroffenen gelindeste auszuwählen habe, die Entsch. des BezVerwGer. nicht stützen. Wie der Vorderrichter selbst hervorhebt, schreibt der § 41 Abs. 2 Satz 2 PolVerwG. nur „tunlichst" ein solches Vorgehen der Pol. vor und stellt daher lediglich eine Sollvorschrift dar, auf deren Innehaltung der Polizeipflichtige kein im VerwStrVerf. verfolgbares Recht hat.

Bei der wegen dieser Rechtsirrtümer eintretenden freien Beurteilung der spruchreifen Sache ist der Gerichtshof zu dem gleichen Ergebnis gekommen wie das BezVerwGer.

Auszugehen ist von der auch vom BezVerwGer. an die Spitze seiner Beweisführung gestellten Tatsache, daß es dem Kl. ernstlich darum zu tun war, das für ihn unwirtschaftliche Haus der ferneren Benutzung als Mietshaus zu entziehen. Diese Absicht konnte Kl. aber nicht nur dann verwirklichen, wenn die Wohnungen durch die Pol. freigemacht wurden, sondern auch dadurch, daß er selbst im Wege der Mietaufhebungsklage gem. § 4 MietSchG. gegen die Mieter vorging. Auch dieses Mittel, die polizeiliche Gefahr zu beseitigen, lag, wie die Pol. aus den Umständen des Falles erkennen mußte, in der Absicht des Kl., als er in seinem Schreiben v. 19. Sept. 1932 auf den gefährlichen Zustand des Hauses aufmerksam machte. Wenn die Pol. in ihrer Vfg. v. 15. Nov. 1932 im Gegensatz zu den erkennbaren Absichten des Kl. die Vornahme von Instandsetzungsarbeiten forderte, so bedeutete das für den Kl. nichts anderes, als daß ihm das Mittel der Räumung polizeilich verboten wurde. Das Vorgehen der Pol. setzte sich damit in Widerspruch zu der Best. des § 41 Abs. 2 PolVerwG., wonach jeder, der von der Pol. in Anspruch genommen wird, das Recht hat, die Gefahr durch ein von ihm anzubietendes anderes, ebenso wirksames Mittel abzuwehren (OVG. 90, 293, 296).

Ein solches Vorgehen wäre gegen Kl. nur zulässig gewesen, wenn das Mittel der Räumung von vornherein als völlig untauglich hätte bezeichnet werden können. Das war aber nicht der Fall. § 4 MietSchG. will zwar in erster Linie dem Vermieter die Möglichkeit geben, die Mieträume für seine eigenen Zwecke in Benutzung zu nehmen, aber darüber hinaus ist nach Sinn und Wortlaut des Ges. auch jedes andere Interesse, das der Vermieter an der Erlangung der Mieträume hat, vom Gericht zu berücksichtigen. Als Beispiel ist in der Begr. des Ges. der Fall angeführt, daß der Vermieter in den Räumen umfangreiche Instandsetzungsarbeiten vornehmen muß, die eine Freimachung der Räume notwendig machen (Verh. des RT. Bd. 372 S. 4538). Ebenso kann die Klage darauf gestützt werden, daß das Gebäude abgebrochen werden müsse oder daß die Wohnungen wegen ihres die Bewohner gefährdenden Zustandes geräumt werden müßten. War aber die Räumungsklage an sich zulässig, so bestand angesichts der drohenden Gefahr für den Kl. auch die Aussicht, innerhalb kurzer Zeit ein Räumungsurteil gegen die Mieter zu erhalten; alsdann wäre zur anderweitigen Unterbringung der Mieter die Gemeindebehörde (WohnA.) verpflichtet gewesen (§ 36 MietSchG.). Es ist dabei zu berücksichtigen, daß zu der Zeit, als die streitige Vfg. erging, die Wohnungszwangswirtschaft schon weitgehend aufgelockert worden war und eine weitere Auflockerung alsbald bevorstand. Jedenfalls konnte die Verfolgung der Räumungsabsicht des Kl. durchaus nicht mehr für so aussichtslos erachtet werden, daß dem Kl. dieser Weg von vornherein hätte abgeschnitten werden dürfen. Indem die Pol. dies tat, beeinträchtigte sie ihn in den ihm gesetzlich zustehenden Rechten (§ 50 Abs. 1 PolVerwG.).

Die PolVfg. v. 15. Nov. 1932 und der sie aufrechterhaltende BeschwBesch. des bekl. Landrats sind daher mit Recht vom BezVerwG. aufgehoben worden.

(PrOVG., 4. Sen., Urt. v. 8. Nov. 1934, IV C 56/34.)

*

115. Gewerbepolizei. Zurücknahme der Bestallung eines öffentlich angestellten Versteigerers. § 53 Abs. 2 RGewO.

1. Die in § 53 Abs. 2 RGewO. für die Zurücknahme aufgestellte Voraussetzung: es müsse aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel der bei der Erteilung vorausgesetzten Eigenschaften „klar erhellen", hat die Bedeutung, daß der Richter die Zurücknahme nur aussprechen darf, wenn er von dem Mangel dieser Eigenschaften voll überzeugt ist.

2. Begriff der „strengen Rechtlichkeit" i. S. der Nr. 61 der Vorschriften des Preuß. Handelsministers über Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen usw. der Versteigerer v. 10. Juli 1902 (HMBl. 279). Auslegung dieses Begriffs im Hinblick auf die vom nationalsozialistischen Staate verfolgten ethischen Zielsetzungen.

Durch Urt. des BezVerwGer. ist die dem Auktionator C. vom RegPräs. erteilte Bestallung als öffentlich angestellter Versteigerer zurückgenommen worden. Die Rev. des C. wies das OVG. zurück.

1. Formell ist folgendes zu bemerken: Obwohl durch das Ges. zur Beseitigung der Mißstände im Versteigerergewerbe v. 7. Aug. 1933 (RGBl. I, 578) die Untersagung der Ausübung dieses Gewerbes eine besondere Regelung erfahren hat, haben die Vorinstanzen mit Recht angenommen, daß eine Untersagung auf Grund dieses Gesetzes gegenüber der nach § 36 RGewO. für zulässig erklärten „öffentlichen

Anstellung" nicht durchgreife, vielmehr die Zurücknahme der Bestallung als öffentlich angestellter Auktionator nach wie vor den Sonderbestimmungen der §§ 53 Abs. 2, 54 RGewO. unterliege. Da der Polizei daran gelegen war, dem Bekl. nur diese Bestallung zu entziehen, so hat sie mit Recht den letztgenannten Weg beschritten. Gegenüber einer Untersagung nach dem RGes. v. 7. Aug. 1933 wäre das VerwStrVerf. nicht gegeben (§§ 1, 3 preuß. DurchfVO. v. 16. Aug. 1933 [GS. 316]). Inzwischen hat die Rechtslage durch Ergehen des Ges. v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 974) eine Änderung erfahren. Die neuen Best. müssen jedoch in der vorl. Streitsache unberücksichtigt bleiben.

2. Unbegründet ist der Vorwurf der Rev., daß der erste Richter den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt habe. In tatsächlicher Hinsicht haben dem angef. Urt. als Unterlage folgende Feststellungen gedient: erstens, daß der Bekl. in Kenntnis des staatlichen Unternehmens zur Förderung des Baues von Landarbeiterwohnungen sich durch Zeitungsanzeigen zur Beschaffung von zinslosen Baugeldern für Land- und Forstarbeiter erboten hat, zweitens, daß er mit mindestens drei Bewerbern Verträge abgeschlossen hat, in denen er sich eine Provision von 5% für den Fall versprechen ließ, daß er ihnen ein Darlehn zum Bau eines Landarbeiterhauses verschaffte, obwohl die Landwirtschaftskammer für ihre mit dem Bauvorhaben verbundene Tätigkeit, die erheblich weiter ging als die vom Bekl. angebotene, nur eine Verwaltungsgebühr von 2½% des Baudarlehns, höchstens 180 *RM*, verlangte.

Diese Feststellungen sind in einwandfreier Weise getroffen worden. Was insbes. die vom Bekl. geleistete Tätigkeit, verglichen mit derjenigen der Landwirtschaftskammer, anlangt, so erledigte letztere nach dem bei den Streitakten befindlichen Merkblatt: „alle mit der Trägerschaft verbundenen Aufgaben, die kostenlose Lieferung der einschlägigen Bestimmungen, Antragsformulare und Bauzeichnungen (Typenentwürfe), kostenlose Beratung der Bauherren, auch in technischer und finanzieller Hinsicht, Prüfung der Anträge, Überwachung der Bauausführung, Abrechnung der Maßnahme usw.". Die Tätigkeit des Bekl. bestand nach seiner eigenen Darstellung in der Beschaffung, Ausfüllung und Einreichung folgender Unterlagen:

1. eines Fragebogens von der Länge einer Seite,
2. einer Verpflichtungserklärung nach einem Vordruck der ministeriellen Bestimmungen für die Förderung des Baues von Landarbeiterwohnungen,
3. eines sog. Finanzierungsplanes in doppelter Ausführung, 1½ Seiten lang,
4. eines Lageplans,
5. einer Bauzeichnung in dreifacher Ausfertigung. Hierzu ist zu bemerken, daß als Bauzeichnung die kostenlos gelieferten Musterentwürfe der Landwirtschaftskammer benutzt werden konnten, und daß als „Lageplan" eine ungefähre, auf die Bauzeichnung zu setzende Skizze genügte. Wenn der Bekl. außerdem den „Nachweis, daß die Voraussetzungen für die Gewährung des beantragten Darlehns gegeben waren", anführt, so ist das so zu verstehen, daß er den Bewerbern aufgab, die erforderlichen Papiere (Arbeits- oder Krankenkassenbescheinigungen usw.) beizubringen. Für die Beschaffung der Unterlagen zu 1—5, insbes. soweit sie bautechnischer Art waren, bediente sich der Bekl. der Hilfe eines Bauunternehmers. In dieser Tätigkeit ist nichts enthalten (vielleicht mit Ausnahme der Anfertigung der Lageskizze), was dem Bewerber nicht auf dem Bürgermeisteramt oder nötigenfalls von der Bauabteilung der Landwirtschaftskammer ebenfalls geleistet worden wäre. Die Darstellung des Bekl. in der Revisionsschrift erweckt stellenweise den Eindruck, als ob durch seine Tätigkeit die Verwaltungsgebühr der Landwirtschaftskammer in Höhe von 2½% der Darlehnssumme erspart worden wäre. Das ist nicht der Fall; neben den vom Bekl. geforderten 5% wurden die 2½% der Landwirtschaftskammer in jedem Falle erhoben.

Auf weitere Einzelheiten, namentlich die vom Bekl. beantragte Vernehmung der Zeugen G. und Gr., einzugehen, war das BezVerwGer. nicht verpflichtet. (Es folgen dies begründende Ausführungen.)

3. Bekl. verweist zutreffend darauf, daß nach § 53 Abs. 2 RGewO. die ihm erteilte Bestallung nur zurückgenommen werden könne, wenn aus Handlungen oder Unterlassungen der Mangel der bei der Erteilung vorausgesetzten Eigenschaften „klar erhelle". Er vermißt eine entsprechende Feststellung in dem angef. Urteil. Allerdings ist darin sein Verhalten nicht ausdrücklich mit den genannten Worten des Ges. gekennzeichnet worden. Indessen lassen die oben wiedergegebenen Ausführungen des Urt. erkennen, daß für das BezVerwGer. irgendwelche Zweifel an der Feststellung der mangelnden „strengen Rechtlichkeit" nicht bestanden haben, daß vielmehr diese Feststellung mit demjenigen Maße von Bestimmtheit getroffen worden ist, welches der Gesetzgeber durch die Worte „klar erhellt" kennzeichnen wollte. Die genannten Worte werden von der Rspr. dahin ausgelegt, daß die „volle Überzeugung" des Richters von dem Mangel der vorausgesetzten Eigenschaften dargetan sein müsse (OVG.: PrVerwBl. 16, 249; Reger 15, 262). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt.

Ob der RevR., wenn er zu einer Nachprüfung der vom ersten Richter getroffenen Feststellungen berufen wäre, ebenfalls zu dem Schluß gelangen würde, daß aus dem vorl. Sachverhalt der Mangel der bei einem öffentlich angestellten Versteigerer vorauszusetzenden Eigenschaften „klar erhelle", ist unerheblich. Denn, wie erwähnt, handelt es sich, wenn das Ges. diese Worte gebraucht, um eine Frage der tatsächlichen Würdigung, nämlich um das Maß richterlicher Überzeugung, welches für die Zurücknahme einer gewerblichen Genehmigung nach § 53 RGewO. gefordert wird, also nicht unmittelbar um eine Frage der Rechtsanwendung oder der Handhabung von Verfahrensvorschriften i. S. des § 94 LVG. Nur wenn der Vorderrichter sich nicht bewußt gewesen sein sollte, daß hier ein besonderes Maß, eine besonders feste Überzeugung gefordert wird, wenn er also den Rechtsbegriff des „Klar Erhellens" verkannt haben sollte, würde seine Entsch. als rechtsirrtümlich angefochten werden können. Das ist aber, wie schon ausgeführt, hier nicht der Fall. Ebensowenig rechtfertigt sich die Annahme, als ob bei dem ersten Richter Zweifel darüber obgewaltet hätten, daß der festgestellte Mangel auch im Zeitpunkte der Urteilsfällung noch als vorhanden anzusehen war.

4. Es blieb demnach nur noch zu prüfen, ob — wie Bekl. darzutun sucht — das ihm zur Last gelegte Verhalten ein solches ist, welches bei zutreffender Würdigung überhaupt keinen Schluß auf einen Mangel an Rechtlichkeit zuläßt. Bekl. führt aus, die strafrechtliche Untersuchung seines Verhaltens habe zur Einstellung des Verfahrens geführt, und in einem bürgerlichen Rechtsstreit, in dem er die vereinbarte Provision eingeklagt habe, sei er Sieger geblieben. Zutreffend hat der erste Richter auf die damit geltend gemachten Gesichtspunkte keinen entscheidenden Wert gelegt. Unter „Rechtlichkeit" ist eine Einstellung zu den Dingen des Rechts zu verstehen, die es nicht bei der förmlichen Beobachtung der Bestimmungen bewenden läßt, sondern ein Verständnis für die ethischen Grundgedanken des Rechts bekundet. Es ist nun sehr wohl denkbar, daß ein Verhalten vom Gesetzgeber nicht mit Strafe bedroht und auch in bürgerlich-rechtlicher Hinsicht nicht unwirksam ist, daß es aber gleichwohl die Rücksichtnahme auf das allgemeine Rechtsbewußtsein vermissen läßt. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn ein Rechtsgeschäft nicht nur eine Würdigung in bürgerlich-rechtlicher Hinsicht zuläßt, sondern, wie hier, auch einer gewerbepolizeilichen Beurteilung, d. h. einer solchen unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten, unterliegt. Wenn daher Bekl. ausführt, es bestehe für Personen, die gewerbsmäßig andere in Rechtsangelegenheiten beraten, keine Rechtspflicht, ihre Kunden auf eine etwaige Möglichkeit anderweiter kostenloser Beratung aufmerksam zu machen, zudem würden nachweislich die von ihm beratenen Personen ihren Auftrag nicht zurückgezogen haben, wenn er sie über jene Möglichkeit aufgeklärt hätte, so ist dieser Einwand nicht durchschlagend. Auch wenn die einzelnen Kunden als solche sich nicht als geschädigt betrachtet haben, weil sie für die geforderte Bezahlung etwas erhalten haben, was ihren persönlichen Wünschen entsprach, so bleibt doch denkbar, daß das Verhalten des Bekl. die Belange der Allgemeinheit vernachlässigt, und damit gegen die das öffentliche Recht beherrschenden Rechtsgedanken verstoßen hat.

Ein solcher Verstoß ist in dem Verhalten des Bekl. offenbar zu erblicken. Wenn der Staat zinslose Baudarlehen für Landarbeiterwohnungen bereitstellt und die Landwirtschaftskammer, abgesehen von einer geringen Verwaltungsgebühr, ebenfalls unentgeltlich die Beratung der Bewerber übernimmt, so liegt darin ein aus sozialen und bevölkerungspolitischen Gründen ausgesprochener Verzicht auf das sonst übliche Entgelt für solche Leistungen. Wer sich diesen Verzicht dergestalt zunutze macht, daß er nun seinerseits eine Tätigkeit einschiebt, für die er sich ein entsprechendes Entgelt zusagen läßt, durchkreuzt damit die obwaltende soziale Absicht der staatlichen Instanzen und mißbraucht eine auf das Gemeinwohl gerichtete öffentliche Einrichtung zu seinem privaten Nutzen. Die darin zutage tretende Gesinnung widerspricht den gerade vom nationalsozialistischen Staate verfolgten ethischen Grundtendenzen und damit dem Begriff der „Rechtlichkeit", wie ihn die gebotene Auslegung i. S. dieser Tendenzen fordert. Zu Recht hat daher der erste Richter aus dem Verhalten des Bekl. gefolgert, daß ihm die strenge Rechtlichkeit in diesem Sinne fehle. Da es sich um eine Frage der inneren, subjektiven Einstellung handelt, so ist es naturgemäß unerheblich, ob die Verträge, die Bekl. mit den Darlehnssuchern geschlossen hat, ihm wirklich den beabsichtigten Gewinn gebracht haben oder, wie er behauptet, von den Vertragsgegnern sei es überhaupt nicht, sei es nur teilweise, erfüllt worden sind.

5. Die Gründe, aus denen für einen öffentlich bestellten Versteigerer das vorstehend gekennzeichnete Erfordernis eines besonders strengen Rechtsbewußtseins aufgestellt worden ist, sind in dem angef. Urt. zutreffend wiedergegeben. Sie liegen darin, daß durch die behördliche Bestellung den Rechtshandlungen des Versteigerers öffentlich ein besonderes Maß von Zuverlässigkeit beigelegt wird, und daß sich diese Ausnahmestellung nur so lange rechtfertigt, als sie in den persönlichen Eigenschaften des Gewerbetreibenden ihre Begründung findet. Auch im Hinblick auf die gesetzgeberischen Absichten, die mit den ein-

schlägigen Vorschriften verbunden sind, ist also eine Verletzung des geltenden Rechts in der angef. Entsch. nicht erkennbar. Im übrigen brauchen die Verstöße, aus denen die mangelnde Eignung eines Gewerbetreibenden für ein bestimmtes Gewerbe gefolgert wird, sich nicht notwendig im Betriebe dieses Gewerbes selbst ereignet zu haben. Dies hat das OVG. in vielen Entsch. ausgesprochen. Es ist also unerheblich, daß Bekl., als er die beanstandeten Abmachungen traf, nicht als öffentlich bestellter Versteigerer, sondern als Makler und damit, wie er sich ausdrückt, als „Privatperson" tätig geworden ist.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 22. Nov. 1934, III C 75/34.)

*

116. §§ 35, 40 RGewO. Polizeiliches Untersagen eines Gewerbes. Ein polizeiliches Verbot des Betriebes eines der in § 35 RGewO. genannten Gewerbe ist unzulässig, auch wenn bereits eine Untersagungsklage schwebt. †)

Die Ortspol. in O. erhob am 23. Juni 1934 gegen den Rechtsberater M. Klage im VerwStrVerf. auf Untersagung des Betriebes wegen Unzuverlässigkeit. Am folgenden Tage verbot sie selbst ihm die weitere Ausübung des Betriebs gemäß §§ 14, 40, 41 PolVerwG. vom 1. Juni 1931 (GS. 77) von sofort an, da die Durchführung des Verbotes aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses keinen Aufschub leide. Die Art seiner Vorstrafen wegen Preistreiberei, übler Nachrede, Beleidigung, Betrug und Sittlichkeitsverbrechens lasse erkennen, daß ihm die erforderliche Zuverlässigkeit als Rechtsberater fehle. Er beherrsche in seinen Schriftsätzen weder die Rechtschreibung, noch drücke er sich verständlich aus. Er sei auch schon in einer Irrenanstalt zur Beobachtung seines Geisteszustandes gewesen. In der Ausübung des Gewerbes durch ihn liege eine Gefahr, durch die allgemein die öffentliche Sicherheit bedroht werde.

Der nach erfolgloser Beschwerde erhobenen Klage des Rechtsberaters gab das BezVerwGer. statt. Die Rev. des bekl. Landrats wies das OVG. zurück.

Die Vorentsch. zeigt keine irrtümliche Rechtsauffassung. Es ist zwar anerkannten Rechtes, daß der Gewerbetreibende bei der Ausübung seines Gewerbes den allgemein geltenden Polizeivorschriften unterliegt wie jeder andere in ihrem Geltungsbereiche. Die polizeilichen Befugnisse reichen aber keineswegs so weit, daß die Polizei den Betrieb eines freien Gewerbes ohne weiteres durch Vfg. überhaupt untersagen darf, nachdem § 1 RGewO. den Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet hat, soweit nicht durch sie selbst Ausnahmen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Solch eine Ausnahme ist hinsichtlich der gewerbsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten usw. durch § 35 RGewO. zwar vorgesehen; die Ausübung dieses an sich freien Gewerbes kann bei Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in bezug auf diesen Gewerbebetrieb untersagt werden. Die Untersagung darf aber nur in dem Verfahren und in den Formen erfolgen, die durch § 40 RGewO. und den zu dessen Ausführung in Preußen erlassenen § 119 ZustG. vorgeschrieben sind — d. h. durch eine Entsch. des zuständigen VerwGer., die auf Klage der Ortspol. ergeht. Die Ortspol. ist dieser zwingenden Regelung gegenüber nicht befugt, selbst eine Untersagung auszusprechen —, und zwar auch dann nicht, wenn sie glaubt, daß durch den Fortbetrieb des Gewerbes bis zur verwaltungsrichterlichen Entsch. eine polizeiliche Gefahr entsteht (vgl. Drews, Preuß. PolRecht, Bd. 1 S. 34; Bd. 2 S. 137; Entsch. des OVG. vom 4. Febr. 1926: PrVerwBl. 47, 299).

(PrOVG., 3. Sen., Besch. v. 4. Okt. 1934, III C 126/34.)

Anmerkung: Die Entsch. erweckt Bedenken. Sie kapituliert ohne ausreichende Prüfung vor einem augenscheinlichen Mißstand. Es fragt sich, ob sie rechtlich unausweichlich war.

Das Gericht meint, dem Vorgehen der Polizei stehe der in § 1 RGewO. statuierte Grundsatz der Gewerbefreiheit entgegen. Da dies in der Tat der entscheidende Gesichtspunkt ist, muß hier die Nachprüfung einsetzen.

Es ist anerkannten Rechtes, daß der Polizei auch innerhalb ihres grundsätzlichen Aufgabenkreises, im Innern des Staates Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, eine Reihe von Lebensbereichen durch sondergesetzliche Regelung entzogen ist. Soweit eine solche Entziehung erfolgt ist, also auf den sog. „polizeifesten" Gebieten, besitzt die Polizei grundsätzlich keine Zuständigkeit zur Vornahme polizeilicher Handlungen, selbst wenn auf den ihrem Zugriff entzogenen Gebieten eine Sachlage eintreten sollte, die man als einen polizeiwidrigen Zustand anzusprechen hat, weil er der in § 14 PolVerwG. implicite ausgesprochenen polizeilichen Ordnungsnorm widerspricht. Auf diese Einschränkung der Polizeigewalt durch sondergesetzliche Entziehung deutet der Wortlaut des § 14 PolVerwG. selbst hin, indem er der Polizei ihre polizeiliche Aufgabe nur „im Rahmen der geltenden Gesetze" zuweist.

Die sog. „polizeifesten" Gebiete — schon der Ausdruck zeigt den darin liegenden individualistischen Vorbehalt gegenüber dem Staat — können sowohl durch sondergesetzliche Bestimmungen des Reiches wie auch des Landes geschaffen sein. Gleichviel jedoch, worauf ihr Dasein rechtlich beruht, — sie zeigen untereinander keineswegs eine gleiche Struktur. Die Exemtion von der Polizeigewalt ist bald größer, bald geringer. Es handelt sich also um einen durchaus relativen Begriff. Dies zeigt sich vor allem bei dem hier in Rede stehenden Grundsatz der Gewerbefreiheit, der nicht etwa im Gesetz selbst scharf und erschöpfend bestimmt ist, sondern das Ergebnis der Auslegung des § 1 RGewO. darstellt. In § 1 RGewO. hat der Gesetzgeber die Befugnisse der Polizeibehörden „nicht positiv oder negativ in bestimmter Weise beschränkt, sondern nur einen allgemeinen Grundsatz aufgestellt, als dessen Reflexwirkungen sich Einschränkungen der Polizeigewalt ergeben" (Drews, PrPolR. Bd. I, 4. Aufl., S. 34). Die Auslegung solcher allgemeinen Grundsätze führt nun bekanntlich, da sie keine rein rationale Prodezur ist, je nach dem sympathiebetonten inneren Ziel zu ganz verschiedenen Resultaten. Daher nimmt es nicht wunder, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit bisher — in einer betont individualistischen Zeit — ohne zwingende Nötigung durch den Wortlaut des Gesetzes denkbar weit und damit möglichst polizeifeindlich gefaßt worden ist. Das PrOVG. hat jedoch in seiner Entsch. Bd. 91 S. 215 ff., bes. S. 219, selbst anerkannt, daß die Auslegung der Gesetze „i. S. des herrschenden Rechtsbewußtseins, d. h. im Geiste der nationalsozialistischen Weltanschauung" zu erfolgen hat. Mithin wäre auch im gegebenen Falle zu prüfen gewesen, ob man bei einer Nachprüfung des überkommenen Begriffes „Gewerbefreiheit" an Hand nationalsozialistischer Grundsätze nicht zu einer neuen Auslegung dieses Begriffes gelangt wäre, die ein staatspolitisch gesünderes Ergebnis verbürgt hätte. Im vorliegenden Falle hat nämlich der sonst so oft bewährte staatspolitische Instinkt des PrOVG. versagt! Unter Zuhilfenahme dieses Instinktes hätte es nämlich — wie in dem ähnlich liegenden Falle OVG. 77, 423 ff. — selbst dann zu einem erträglicheren Ergebnis gelangen können, wenn es den überkommenen Begriff der Gewerbefreiheit unverändert übernommen hätte.

Nach überkommener Anschauung hindert der Grundsatz der Gewerbefreiheit die Polizei nur daran, aus polizeilichen Bedenken den Beginn oder die Fortführung eines Gewerbes als solchen zu untersagen; hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung des Gewerbes waren die Gewerbetreibenden dagegen schon stets der polizeilichen Überwachung unterstellt (Landmann-Rohmer, Komm. z. GewO., 8. Aufl., I. Bd. 1. Teil S. 97 unten). Daß die Polizei den Beginn und die Fortführung eines Gewerbes nicht hindern darf — bei genehmigungspflichtigen Gewerben jedenfalls nicht mehr nach erteilter Genehmigung —, ist jedoch auch bisher nicht etwa dahin zu verstehen gewesen, als ob der Polizei die Bestimmung zeitlicher Modalitäten grundsätzlich versagt wäre. Auch nach überkommener Anschauung kann ein Gewerbebetrieb weder zu jeder Zeit begonnen noch auch zu jeder Zeit fortgesetzt werden. Nicht nur, daß selbstverständlich die gesetzlichen Sonn- und Feiertage zu beachten sind, — es sind auch z. B. Verbote gewerblicher Betätigung zu gewissen Zeiten, etwa des Hausierens an Markttagen, Firmungstagen, während der Missionszeit usw., ausgesprochen worden und verwaltungsgerichtlich unbeanstandet geblieben (Landmann-Rohmer a. a. O. S. 95). Diese zeitlichen Beschränkungen trafen gleichmäßig denjenigen, der zur gegebenen Zeit ein schon begonnenes Gewerbe fortsetzen oder ein noch nicht begonnenes eröffnen wollte. Man sieht also, daß die für zulässig erachtete polizeiliche Regelung der Ausübung eines Gewerbes zuweilen auch zugleich eine Regelung des Gewerbebeginnes darstellt, beides ist oft nicht voneinander zu trennen. In zeitlicher Hinsicht ist also bisher als Ausfluß der Gewerbefreiheit nur anerkannt worden, daß die an sich auch zeitlich zulässige polizeiliche Ausübungsbeschränkung die Ausübung des Gewerbes nicht „dauernd" unterbinden dürfe. So heißt es in einer Entsch. des PrOVG. (JW. 1927, 309): „Grundregel dabei (sc. bei der polizeilichen Regelung der Ausübung des Gewerbes) ist aber, daß die Ausübungsbeschränkung niemals so weit gehen darf, daß die Ausübung des Gewerbes als solchen dauernd unmöglich gemacht wird." Auch in der vom besprochenen Urteil selbst angeführten Entsch. (PrVerwBl. 47 S. 299) heißt es: „Doch darf eine solche (sc. die Ausübung des Gewerbes regelnde polizeiliche) Verfügung nicht dahin führen, daß bei ihrer Beachtung dem Gewerbetreibenden der Betrieb dauernd unmöglich würde." Schon nach überkommener Auffassung macht also der Grundsatz der Gewerbefreiheit die Gewerbebetriebe keineswegs in zeitlicher Beziehung völlig gegenüber der Polizei immun. Vielmehr kann die Polizei vorübergehend auch den Beginn oder die Fortsetzung eines Gewerbes untersagen, wenn die näheren Umstände vorliegen, die ihr Eingreifen zulässig erscheinen lassen. Es liegen jedoch noch weitere Urteile des PrOVG. vor, die für die oben abgedruckte Entsch. hätten geradezu vorbildlich sein können. Vor allem ist hier die Entsch. in Bd. 77 S. 423 ff. zu nennen, die sich mit der Zulässigkeit eines vorübergehenden Vorführungsverbots hinsichtlich eines Bildstreifens befaßt. Die Polizei hatte hier die weitere Vorführung eines von der Filmprüfungsstelle zunächst zugelassenen, aber wegen inzwischen erkennbar gewordener Polizeiwidrigkeit dem Widerrufsverfahren vor der Ober-

prüfungsstelle unterworfenen Bildstreifens bis zur Entsch. im Widerrufsverfahren verboten, obwohl ihr im Reichslichtspielgesetz hierzu keine ausdrückliche Handhabe geboten war. In diesem Zusammenhang (a.a. O. S. 430 ff.) argumentiert das PrOVG. wie folgt: „Allerdings ist im Ausbau des Reichslichtspielgesetzes eine Lücke insofern verblieben, als es für den Fall, daß ein zugelassener Bildstreifen sich in der Folgezeit als polizeiwidrig erweist, bis zur Durchführung des Widerrufsverfahrens an einer Vorschrift darüber fehlt, ob der Bildstreifen gleichwohl bis zum Spruche der Oberprüfungsstelle weiter vorgeführt werden darf oder nicht, und welche Behörde für diese Zwischenzeit zum Einschreiten berufen ist. Der Mangel ausdrücklicher Vorschriften kann indessen nicht dahin führen, für den Bildstreifen einen Freibrief bis zum Spruche der Oberprüfungsstelle zu schaffen. Müßte die Vorführung des Bildstreifens bis zum Schlusse des Widerrufsverfahrens stets behördlich geduldet werden, so würde dies auch dann gelten müssen, wenn der Inhalt des Bildstreifens erhebliche, unmittelbar bevorstehende Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung herbeiführte. Das würde aber im Widerspruche mit dem Grundgedanken des Gesetzes stehen, demzufolge doch gerade polizeiwidrige Bildstreifen von der Vorführung ausgeschlossen bleiben sollen. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, daß er sich seiner Aufgabe für gewisse Zeiträume, nämlich vom Zeitpunkt, in dem die Polizeiwidrigkeit erkennbar und Abhilfe dagegen dringlich wird, bis zum Abschluß des Widerrufsverfahrens ganz habe entschlagen wollen. Es ist für das Gebiet des preußischen Polizeirechts anerkannten Rechtens, daß die Polizei ausnahmsweise zur Abwendung von Not- und Mißständen, die dringend der polizeilichen Abhilfe bedürfen, wenn solche sich nicht auf andere Weise beschaffen läßt, berechtigt ist, vorübergehend bis zur Ermöglichung anderweitiger Regelung auch in solche Rechtsverhältnisse einzugreifen, die an sich ihrem Zugriff entzogen sind." Nicht minder bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Entsch. PrOVG. 79, 280 ff., in der das Gericht ausdrücklich die Befugnis der Polizei anerkennt, „auf Grund des sog. Notstandsrechts in besonderen Ausnahmefällen zur Abwendung unmittelbarer Gefahr, z. B. bei Aufruhr und dergleichen Schankstätten vorübergehend polizeilich zu schließen. Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß der jetzt in § 22 Abs. 2 GaststättG. übernommene Art. I § 3 Abs. 2 NotG. v. 24. Febr. 1923 die Ortspolizeibehörde ermächtigt hat, einen Gast- oder Schankwirtschaftsbetrieb vorläufig zu schließen, wenn u. a. aus dem Verhalten des Betriebsinhabers klar erhellt, daß er die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Die Ortspolizeibehörde hat jedoch in diesem Fall unverzüglich bei der zuständigen Behörde die Zurücknahme der Erlaubnis zu beantragen.

Es zeigt sich also, daß der Polizei sowohl in Lichtspielsachen wie auch im Schankstättenrecht unbeschadet des Grundsatzes der Gewerbefreiheit die Befugnis zugebilligt worden ist, bis zur Durchführung des Widerrufsverfahrens einstweilige Verbote weiterer gewerblicher Betätigung auszusprechen. Die Rechtsähnlichkeit dieser Sachverhalte mit dem der besprochenen Entsch. zugrunde liegenden Fall liegt auf der Hand. Es fragt sich also, ob sich aus dieser Rechtsähnlichkeit im Wege der Analogie Schlüsse ziehen lassen, die das vom PrOVG. im gegebenen Fall mißbilligte Verhalten der Polizei gerechtfertigt erscheinen lassen. Das ist m. E. zu bejahen! Zunächst wäre es abwegig, die Zulässigkeit des Analogieschlusses mit der petitio principii zu bestreiten, die polizeiliche Immunität des Gewerbes sei die Regel, der gegenüber sich die oben erörterten polizeilichen Eingriffsmöglichkeiten als restriktiv zu interpretierende Ausnahmen darstellten (quod contra rationem legis receptum est, non est producendum ad consequentias). Dieses Argument verfängt aus zwei Gründen nicht. Zunächst ist der Begriff „Gewerbefreiheit", wie eingangs gezeigt, keine feststehende Größe, sondern ein Interpretationsergebnis und als solches ein Kind seiner Zeit, also mit dem überkommenen Inhalt ein Kind der individualistischen Epoche. Eine Interpretation auf der geistigen Grundlage der Gegenwart dürfte auch bei Beibehaltung des Gesetzeswortlauts zu einem anderen Begriff der Gewerbefreiheit führen. Zudem sind die oben besprochenen Musterentscheidungen noch vor dem Anbruch des Dritten Reiches ergangen und beruhen offenbar auf der zutreffenden Grundanschauung, daß die erwähnten polizeilichen Beschränkungen und Zugriffsmöglichkeiten als immanente Schranken und somit als Inhalt, nicht dagegen als exogene Ausnahmen der Gewerbefreiheit zu denken seien. Das Gewerbe ist nur grundsätzlich frei, der Grundsatz der Freiheit involviert jedoch bereits als immanenten Bestandteil eine polizeiliche Bindung, besonders für den Ausnahmefall dringender polizeilicher Not. Aber selbst wenn es sich nicht um bereits inhaltlich vorbestimmte Ausnahmen, sondern um prinzipwidrige Durchbrechungen der Regel handeln würde, stände ihrer analogen Anwendung im Sinnbereich der Ausnahmeregelung nichts im Wege. Der Satz nämlich, daß Ausnahmen restriktiv zu interpretieren, also einschränkend zu handhaben seien, soll nur vor einer allzu unbedachten Übertragung der Ausnahmeregelung warnen; der Nutzbarmachung des in der Ausnahmeregelung erkennbar werdenden Sonderprinzips im gleichen Sinnbereich steht er nicht im Wege. Auf das andere — typisch liberale — Argument, daß im Polizeirecht ein grundsätzliches Analogieverbot herrsche (so Anschütz, VerwArch. Bd. 14), braucht heute nicht mehr eingegangen zu werden.

Auch auf anderen Gebieten ist es anerkannt, daß die Polizei auf ihnen eine subsidiäre Kompetenz zur Abstellung dringender Notstände besitzt, obwohl der Polizei grundsätzlich der Zutritt zu diesen Gebieten wegen primärer Zuständigkeit anderer Behörden versagt ist: „Die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung ist unter allen Umständen das Primäre, die Zuständigkeitsorganisation das Sekundäre; die Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darf in einem geordneten Staatswesen nie an der Zuständigkeitsfrage scheitern" (Drews a. a. O. S. 25; derselbe S. 127 — zwar mit Bezug auf die Zuständigkeitsabgrenzung innerhalb der Polizei, aber in allgemeiner Fassung —: „Die öffentliche Sicherheit und Ordnung darf eben nicht an bloßen Zuständigkeitsgrenzen scheitern", vgl. auch S. 129).

Es muß somit als ein integrierender Bestandteil jeder staatlichen Ordnung, besonders aber als ein reichsrechtlich gebilligter Grundsatz des geltenden preußischen Rechts anerkannt werden, daß die Polizei auch auf solchen Gebieten behelfsweise bis zur Ermöglichung einer anderweitigen Regelung durch die primär zuständige Behörde dann eingreifen darf, wenn die Polizeiwidrigkeit einen solchen Intensitätsgrad erreicht hat, daß „das öffentliche Interesse eine Remedur unabweisbar erheischt" (stereotype Wendung des PrOVG. hinsichtlich des Widerrufs von Bauerlaubnissen bei bereits ins Werk gesetzten Bauten; vgl. OVG. 24, 350; 29, 390). In einem geordneten Staat darf es keine Einbruchsstelle für das soziale Chaos geben. Das muß als wichtigster Rechtsgrundsatz bei jeder Auslegung von Gesetzen beachtet werden.

Wie dringend das Bedürfnis nach Anerkennung eines solchen Grundsatzes gerade für Fälle der hier vorliegenden Art ist, ergibt sich aus folgendem: Mit Rücksicht auf die erfahrungsgemäß lange Zeitdauer eines gewerblichen Untersagungsverfahrens nach § 35 RGewO. ist in dem Entwurf der Novelle zur RGewO. in einem § 35 b die ausdrückliche Einführung einer vorläufigen Schließung in den Fällen des § 35 vorgesehen, sofern mit der Fortsetzung des Gewerbes eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit, Gesundheit oder Sittlichkeit verbunden ist. Der zuständigen Polizeibehörde soll für diese Fälle ausdrücklich die Befugnis zugesprochen werden, die Fortsetzung des Gewerbes mit sofortiger Wirkung vorläufig zu verbieten; sie soll dabei aber unverzüglich bei der hierfür zuständigen Behörde den Antrag auf endgültige Untersagung des Gewerbes stellen müssen.

Man sieht: die Mißstände, die mit der Unterbindung des vorläufigen Einschreitens der Polizei bis zur Durchführung des Untersagungsverfahrens verbunden sind, sind so groß, daß sie bereits den Gesetzgeber auf den Plan gerufen haben. Muß wirklich erst dessen Wort abgewartet werden? Oder sollte es nicht vielmehr den königlichen Richtern eines höchsten Gerichts möglich sein, schon mit dem geltenden Gesetz zu Ergebnissen zu gelangen, die dem praktischen Bedürfnis genügen und staatspolitischen Instinkt verspüren lassen!

Die Zulassung einstweiligen polizeilichen Einschreitens in Fällen der hier vorliegenden Art ist um so dringlicher, als das PrOVG. den Ausspruch der Untersagung gemäß § 35 RGewO. im summarischen verwaltungsgerichtlichen Bescheidverfahren nach § 64 PrLVG. nicht für statthaft erachtet (OVG. 11, 309), aber auch einstweilige Verfügungen oder ähnliche Eilmaßnahmen nicht in Betracht kommen (vgl. Brauchitsch, VerwG. f. Preußen, Bd. 1, 24. Aufl., Anm. 5 zu § 60 LVG.).

Die hier von der Polizeibehörde getroffene Maßnahme hat sich völlig in den Intentionen der geplanten Novelle zur RGewO. gehalten, deren künftige ausdrückliche Bestimmungen m. E. schon jetzt bei einer sinnvollen Gesetzesauslegung als geltendes Recht anerkannt werden können.

RA. Reuß, Berlin.

*

117. Polizeiliches Verbot des Erscheinens einer Zeitung. §§ 14, 21 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77); § 1 RPräsVO. zum Schutz von Volk u. Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83). Auf Grund § 1 RPräsVO. v. 28. Febr. 1933 kann die Polizei einer Zeitung nicht nur eine Veröffentlichung verbieten, von der eine Gefährdung der Staatssicherheit zu befürchten ist, sondern auch die Aufnahme einer bestimmten Nachricht gebieten, sofern dies zur Abwehr einer solchen Gefahr erforderlich ist. Im Falle des sog. polizeilichen Notstandes (§ 21 PolVerwG.) gilt letzteres auch dann, wenn die Zeitung an der Entstehung der Gefahr unbeteiligt ist. Ein als allgemeine Straf- oder Erziehungsmaßnahme gedachtes polizeiliches Verbot des Er-

scheinens einer Zeitung kann auf § 1 VO. v. 28. Febr. 1933 nicht gestützt werden.

Der RegPräs. in K. forderte die A. Zeitung auf, folgende ihr vom Landrat schon übersandte „Lokalnotiz" sofort im lokalen Teil des Blattes aufzunehmen:

„Vom hiesigen Landratsamt wird uns mitgeteilt, daß Landrat B. aus Z. mit der Vertretung des Landratsamts A. beauftragt worden ist. Landrat B. hat die Dienstgeschäfte bereits übernommen."

Da die Zeitung der Aufforderung nicht nachkam, verbot der RegPräs. durch Vfg. v. 14. Juni 1934 die A. Zeitung für die Dauer von drei Tagen. Die Vfg. stützte sich auf § 1 VO. d. RPräs. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83) i. Verb. mit § 1 PrVO. v. 2. März 1933 (GS. 33) und § 41 PolVerwG. vom 1. Juni 1931 (GS. 77). Ihre Begr. besagte, die Zeitung habe die ihr schon am 8. Juni vom Landrat aufgetragene Veröffentlichung, trotz fernmündlicher Erinnerung und gleichzeitiger nochmaliger schriftlicher Aufforderung des RegPräs., durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Landrat abgelehnt. Die Begr. fährt dann fort:

„Die Beurlaubung des bisherigen Landrats C. hat einem Teil der Presse Anlaß gegeben, die unrichtige Meldung zu bringen, daß die Beurlaubung rückgängig gemacht bzw. befristet sei. Die Folge dieser Meldung war eine starke Beunruhigung der Bevölkerung des Kreises A. Die amtliche Pressenotiz hatte den Zweck, Aufklärung zu bringen und die öffentliche Ruhe und Ordnung wiederherzustellen. Die ablehnende Haltung der A. Zeitung ist geeignet, diese im Interesse der öffentlichen Ordnung notwendigen behördlichen Maßnahmen zu vereiteln. Diese Sabotage bedeutet eine schwere Schädigung öffentlicher Interessen und der Staatsautorität und macht obengenanntes Verbot erforderlich."

Auf die hiergegen erhobene Klage hob das BezVerwGer. die Vfg. v. 14. Juni 1934 mit folgender Begr. auf: Es möge dahingestellt bleiben, ob mit der Vfg. bezweckt gewesen sei, die Kl. zur Aufnahme der Notiz zu bewegen oder sie für die Nichtaufnahme zu bestrafen. Um die Veröffentlichung zu erzwingen, hätten dem Bekl. nur die Zwangsmittel des § 55 PolVerwG. zu Gebote gestanden, und zwar, da hier die Ausführung durch Dritte oder unmittelbarer Zwang nicht in Frage gekommen seien, nur die Auferlegung eines Zwangsgeldes. Dagegen gehöre das Verbot des Erscheinens der Zeitung nicht zu den vorgesehenen Zwangsmitteln. Als Strafe für die Nichtaufnahme der Notiz habe der Bekl. das Verbot ebensowenig verhängen können, da das PolVerwG. eine solche Strafe nicht kenne. Auch andere Gesetze hätten ihm die Befugnis zu seinem Vorgehen nicht gegeben. Das RPreßG. bestimme zwar in § 10, daß der verantwortliche Redakteur einer periodischen Druckschrift, welche Anzeigen aufnimmt, verpflichtet sei, die ihm von einer öffentlichen Behörde mitgeteilten amtlichen Bek. auf deren Verlangen gegen Zahlung der üblichen Einrückungsgebühren in eine der beiden nächsten Nummern des Blattes aufzunehmen. Die hier fragliche Notiz sei aber als amtliche Bek. nicht erkennbar, sondern ausdrücklich als „Lokalnotiz" bezeichnet gewesen; auch habe der Bekl. die Zahlung der Einrückungsgebühren nicht angeboten. Schließlich hätte nach § 19 RPreßG. nur die Bestrafung mit einer Geldstrafe, nicht aber das Zeitungsverbot als Sühnemittel wegen der Nichtaufnahme der Notiz zur Verfügung gestanden. Die frühere Möglichkeit, im Falle der Nichtaufnahme einer amtlichen Kundgebung das Erscheinen zu verbieten, wie sie zuletzt in der VO. d. RPräs. gegen politische Ausschreitungen v. 14. Juni 1932 (RGBl. I, 297), §§ 5 u. 6 Nr. 6, enthalten gewesen sei, wäre u. a. schon deshalb nicht mehr gegeben, weil diese VO. durch die spätere VO. d. RPräs. vom 19. Dez. 1932 (RGBl. I, 548) insoweit außer Kraft gesetzt worden sei. Die VO. d. RPräs. zum Schutze des Deutschen Volkes v. 4. Febr. 1933 (RGBl. I, 35) sehe für Fälle der vorl. Art ein Verbot nicht vor. Ebensowenig sei auf diesen Fall die VO. d. RPräs. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83), auf die sich der Bekl. berufe, anwendbar. Zwar sei durch diese VO. der Art. 118 RVerf. bis auf weiteres außer Kraft gesetzt und damit auch die sonst bestehende Pressefreiheit der Möglichkeit einer Beschränkung unterworfen worden, aber aus dieser Beschränkung könne immer nur ein Verbot für beabsichtigte Veröffentlichungen, nicht aber das Gebot einer Veröffentlichung hergeleitet werden; letzteres müsse vielmehr durch eine besondere gesetzliche Best. gerechtfertigt sein. Obwohl die Frist, während welcher das Erscheinen der Zeitung verboten worden sei, längst abgelaufen sei, habe das Verbot auch jetzt noch ausdrücklich aufgehoben werden müssen, da Kl. nach der Rspr. eine entsprechende Entsch. beanspruchen könne.

Die Rev. des beklagten RegPräs. wies das OVG. zurück.

Die Ausführungen des Revisionsklägers sind zwar insofern zutreffend, als sie einen Teil der Ausführungen des angef. Urt. als irrig angreifen. Gleichwohl bleibt das Urt. in seinem Ergebnis zutreffend. Der Revisionskläger bekämpft mit Recht die Annahme des BezVerwGer., daß, nachdem die VO. d. RPräs. v. 28. Febr. 1933 in ihrem § 1 u. a. die sog. Pressefreiheit aufgehoben habe, die Polizei gleichwohl niemals das Gebot einer Veröffentlichung, sondern nur das Verbot einer solchen aussprechen dürfe. Es ist vielmehr grundsätzlich denkbar, daß sich ein solches Gebot als eine zulässige polizeiliche Vfg. darstellt, wenn nämlich die sonstigen Voraussetzungen einer auf den genannten § 1 zu stützenden polizeilichen Vfg. vorhanden sind. Wie der Sen. kürzlich in seiner Entsch. v. 25. Okt. 1934, III C 87/34, näher ausgeführt hat, ist dies dann der Fall, wenn die polizeiliche Gefahr, um deren Abwehr es sich handelt, auf dem durch die Eingangsworte der VO. v. 28. Febr. 1933 gekennzeichneten Gebiete der innerpolitischen Sicherheit des Staates gelegen ist. Sollte die Schriftleitung eines Blattes durch ihre Veröffentlichungen eine Gefahr dieser Art — etwa eine politische Beunruhigung der Öffentlichkeit — hervorrufen und die Polizei daraufhin zu der Überzeugung gelangen, daß eine andere Veröffentlichung bestimmten Inhalts in dem gleichen Blatte ein geeignetes Mittel zur Beseitigung dieser Gefahr darstelle, so wird sie auf Grund des mehrerwähnten § 1 in der Tat befugt sein, der Schriftleitung, als Urheberin der Gefahr i. S. des § 19 PolVerwG., die betr. Veröffentlichung unter Zwangsandrohung zur Pflicht zu machen. Liegen die besonderen Voraussetzungen des sog. polizeilichen Notstandes nach § 21 PolVerwG. vor, so kann die Polizei eine gleiche Forderung auch an solche Blätter richten, die an der Entstehung der Gefahr unbeteiligt sind.

Die hiermit von dem Revisionskläger aufgeworfene Frage ist aber für den vorl. Rechtsstreit ohne Bedeutung. Denn es handelt sich in ihm nicht um die Rechtsgültigkeit der von dem Bekl. an Kl. gerichteten Auflage einer Veröffentlichung bestimmten Inhalts, sondern um das im Anschluß an die Nichterfüllung dieser Auflage ergangene dreitägige Verbot des Blattes. Dieses Verbot hat das BezVerwGer. aus zutreffenden Gründen für unzulässig erklärt. Es wäre zulässig gewesen, wenn von dem Erscheinen des Blattes während der betr. drei Tage, auf die sich das Verbot erstreckte, eine konkrete polizeiliche Gefahr in dem bereits erörterten Sinne gedroht und daher das Verbot ein zur Abwehr dieser Gefahr geeignetes Mittel dargestellt hätte (in diesem Falle wäre auch der RegPräs. die nach § 1 der von ihm angeführten VO. v. 2. März 1933 [GS. 33] für das Verbot zuständige Stelle gewesen). Das Vorhandensein einer solchen Gefahr hat der Bekl. aber selbst nicht behauptet.

Da hiernach der Gesichtspunkt der Abwehr einer konkreten polizeilichen Gefahr entfällt, so bleibt, wie das angef. Urt. zutreffend ausführt, nur die Annahme, daß das Verbot entweder eine Zwangsmaßnahme oder eine Strafmaßnahme darstellen sollte. War es eine Zwangsmaßnahme, so konnte diese nach Lage der Sache nur als eine solche wegen Nichtbefolgung der vorausgegangenen Vfg., betr. Abdruck einer Zeitungsnachricht, gemeint sein; und zwar mußte dann das Verbot, da die durch § 55 Abs. 2 Satz 1 PolVerwG. vorgeschriebene vorherige Androhung in der genannten Vfg. unterblieben war, als eine Zwangsmaßnahme gelten, in welcher Androhung und Ausführung des Zwangsmittels miteinander verbunden sind und daher zeitlich zusammenfallen. Die Rechtsbehelfe, die dem von einer solchen Zwangsmaßnahme Betroffenen zu Gebote stehen, ergeben sich aus der Vorschr. des § 57 Abs. 2 Satz 2. Hiernach sind gegen die Androhung eines Zwangsmittels, die nicht in der zugrunde liegenden polizeilichen Vfg. enthalten ist, die gleichen Rechtsmittel gegeben wie gegen die polizeiliche Vfg. selbst. Es kann also in einem solchen Falle (im Gegensatz zu dem des ersten Satzes des § 57 Abs. 2) gegenüber der selbständig angedrohten Zwangsmaßnahme auch eine selbständige, d. h. auf die Zwangsmaßnahme beschränkte, Anfechtung erfolgen. Ein derartiger Fall einer selbständigen Anfechtung des angedrohten und festgesetzten Zwangsmittels ist, wenn man in dem fraglichen Verbot überhaupt eine polizeiliche Zwangsmaßnahme erblicken will, hier gegeben. Denn Kl. hatte, wie der Wortlaut ihrer Kl. ergibt, diese ausschließlich gegen das dreitägige Verbot des Erscheinens der Zeitung gerichtet und beantragt, dieses Verbot für ungültig zu erklären. Bestanden hiernach insoweit gegen die Zulässigkeit der erhobenen Klage keine Bedenken, so hat ihr der Vorderrichter auch in sachlicher Hinsicht zutreffend entsprochen, indem er ausführt, daß das Verbot, wenn es als Zwangsmittel gedacht gewesen sein sollte, unzulässig gewesen sei, weil es nicht unter die nach dem PolVerwG. allein zulässigen Zwangsmittel falle. Nach § 55 Abs. 1 des Ges. kommen als solche nur in Frage: Ausführung der zu erzwingenden Handlung durch einen Dritten, Festsetzung von Zwangsgeld oder unmittelbarer Zwang. Unter keine dieser Möglichkeiten war das Zeitungsverbot einzuordnen; insbes. hätte als „unmittelbarer Zwang" nur gelten können, wenn die Polizei etwa ihrerseits durch eigene Beauftragte den Satz und Druck der fraglichen Nachricht durchgeführt hätte.

Das Verbot kann daher nur als eine selbständige polizeiliche Vfg., und zwar — wie dies auch durch ihre Schlußworte bestätigt wird — als eine Straf- oder allgemeine Erziehungsmaßnahme gedacht gewesen sein. Da für eine solche das PolVerwG. keine Handhabe bot, so bedurfte sie, um gültig zu sein, einer besonderen gesetzlichen Grundlage. Eine derartige Grundlage war indessen nicht vorhanden. Allerdings sind, worauf auch das angef. Urt. hindeutet, in § 9 VO. d. RPräs. zum Schutze des Deutschen Volkes v. 4. Febr. 1933 (RGBl. I, 35) Vorschr. enthalten, die beim Vorliegen gewisser, bestimmt umgrenzter Tatbestände ein befristetes Verbot periodischer

Druckschriften zulassen. Sie sind auch neben der späteren VO. vom 28. Febr. 1933 noch in Geltung geblieben. Indessen ist hier keiner der daselbst angeführten Tatbestände gegeben. Das gilt insbes. von der Nr. 7 des genannten Paragraphen, nach der das Verbot einer periodischen Druckschrift zulässig ist, wenn in ihr „offensichtlich unrichtige Nachrichten enthalten sind, deren Verbreitung geeignet ist, lebenswichtige Interessen des Staates zu gefährden". Die Vorschr. trifft nach ihrem Wortlaut schon deshalb nicht zu, weil es sich im vorl. Falle nicht um die Veröffentlichung einer bestimmten Nachricht, sondern um die Nichtveröffentlichung einer solchen handelt.

Tatsächlich hat aber auch der RegPräs. die angef. Maßnahme nicht auf die Best. der VO. v. 4. Febr., sondern auf § 1 VO. vom 28. Febr. 1933 gestützt. Diese VO. kann jedoch nicht dahin verstanden werden, als habe sie der Polizei die Möglichkeit der Verhängung von Vergeltungs- oder allgemeinen Erziehungsmaßnahmen, zumal von solchen außerhalb des Rahmens der gesetzlich zulässigen Strafarten, eröffnen wollen. Vielmehr ist auch durch sie die Polizei auf die Aufgabe der Gefahrenabwehr im eigentlichen Sinne beschränkt geblieben. Eine polizeiliche Vfg., die über diese Aufgabe hinausgeht, ohne durch ein besonderes Gesetz ausdrücklich gerechtfertigt zu sein, verstößt gegen den Grundsatz des insoweit fernerhin in Kraft gebliebenen § 14 PolVerwG. und ist damit ungültig. Wenn der bekl. RegPräs. — gestützt auf § 1 VO. und innerhalb der oben bereits erörterten Grenzen der Zulässigkeit einer solchen Maßnahme — einer Zeitung den Abdruck einer bestimmten Nachricht zur Pflicht machte, so standen als Strafmaßnahmen im Falle der Nichtbefolgung nur die im § 4 VO. besonders vorgesehenen Geld- und Freiheitsstrafen zu Gebote, die gegebenenfalls im ordentlichen Strafverfahren zu verhängen waren. Die Verhängung eines auf diese VO. gestützten, strafweise erfolgenden Verbots des Erscheinens einer Zeitung war dagegen ausgeschlossen.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 10. Jan. 1935, III C 161/34.)

*

118. Polizeiliches Verbot des Erscheinens einer Zeitung. § 14 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77); § 1 RPräsVO. zum Schutz von Volk u. Staat v. 28. Febr. 1933 (RGBl. I, 83). Wenn eine Zeitung auf Grund § 1 RPräsVO. v. 28. Febr. 1933 wegen ihrer staatsgefährdenden Richtung auf unbestimmte Zeit verboten worden ist, kann auch eine angeblich neue Zeitung, die sich sachlich als die alte darstellt oder als ihr Ersatz anzusehen ist, auf unbestimmte Zeit verboten werden. Eine Zeitung stellt sich sachlich als die alte dar, wenn sie im wesentlichen dieselbe politische Richtung verfolgt, wie die verbotene. Dagegen ist eine neue Zeitung ohne Rücksicht auf ihren Inhalt als Ersatz der verbotenen anzusehen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalles mit hinreichender Deutlichkeit einen Zusammenhang zwischen der alten und der neuen Zeitung erkennen lassen.

Nachdem die im Verlage der F.er Verlagsgesellschaft in F. erscheinende sozialdemokratische Tageszeitung „Volksfreund" auf Grund der VO. d. RPräs. zum Schutz von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 auf unbestimmte Zeit verboten war, übernahm D. durch Pachtvertrag v. 26. April 1933 von der genannten Verlagsgesellschaft, bei der er bisher als Geschäftsführer angestellt gewesen war, Gebäude und Druckerei mit der gesamten Einrichtung und allen Beständen, um eine angeblich parteipolitisch nicht gebundene Tageszeitung herauszugeben. Diese Zeitung, die im Mai 1933 in F. erschien, hieß zunächst ... und führte sodann, um Verwechslungen mit dem ähnlichen Namen einer anderen Zeitung auszuschließen, die Bezeichnung „Tageblatt für ...".

Durch polizeiliche Vfg. des Oberbürgermeisters in F. als Ortspolizeibehörde v. 1. Juni 1933 wurde auf Grund von § 11 VO. d. RPräs. zum Schutze des Deutschen Volkes v. 4. Febr. 1933 (RGBl. 35) in der erweiterten Zuständigkeit des § 1 der obenerwähnten VO. vom 28. Febr. 1933 das „Tageblatt für ..." auf die Dauer von vier Wochen verboten, weil es als Ersatzblatt für den verbotenen „Volksfreund" anzusehen sei, da es dem gleichen Bezieherkreis zugestellt und außerdem mit den gleichen Druckmaschinen usw. hergestellt sei. Auf Beschw. des D. ordnete der RegPräs. durch Vfg. v. 7. Juni 1933 an, daß das Verbot für unbestimmte Zeit Geltung habe.

BezVerwGer. wies mit folgender Begr. die Klage ab:

Nach § 1 PrVO. zur Regelung der Zuständigkeit der Landes- und Kreispolizeibehörden v. 2. März 1933 (GS. 33) sei für das Verbot periodischer Druckschriften nach Maßgabe des § 1 VO. d. RPräs. v. 28. Febr. 1933 die Landespolizeibehörde zuständig; im vorl. Falle sei also der bekl. RegPräs., der das vorher von der Ortspolizeibehörde erlassene Verbot von sich aus bestätigt und erweitert habe, zuständig gewesen, so daß nur noch von dem Verbot die Rede sein könne, das der RegPräs. als Landespolizeibehörde erlassen habe.

Nicht nachgewiesen sei, daß die vom Kl. herausgegebene Druckschrift die gleiche politische Richtung wie der früher verbotene sozialdemokratische „Volksfreund" verfolgt oder sich an genau den gleichen Leserkreis gewandt habe. Die Tatsache bleibe aber bestehen, daß ein marxistisches Unternehmen wie die F.er Verlagsgesellschaft dem Kl., ihrem früheren Geschäftsführer und Angestellten, der sogar noch jetzt als Geschäftsführer der Gesellschaft eingetragen sei, und der also bis dahin die gleiche politische Richtung wie die Verlagsgesellschaft verfolgte, Gebäude und Druckerei verpachtet habe, in denen und mit denen vormals die verbotene Zeitung betrieben worden sei, um seinerseits eine Tageszeitung herauszugeben. Es sei daher zu besorgen, daß der Verleger, wenn nicht schon bisher, so doch künftig und vielleicht zunächst nur versteckt die gleiche Richtung einschlage, die er unter marxistischer Herrschaft verfolgt habe, zumal er einen größeren Teil des alten Bezieherkreises noch beisammen habe und es für ihn jedenfalls leichter als für einen anderen Verleger sei, den Bezieherkreis in der früheren Art wieder zu ergänzen.

Die Druckschrift des Kl. sei daher als Ersatzblatt des verbotenen „Volksfreundes" anzusehen.

Die Rev. des Kl. wies das OVG. zurück.

Gegen die Zulässigkeit des Verwaltungsstreitverfahrens bestehen im vorl. Fall keine Bedenken; denn, wie der Sen. in der Entsch. v. 25. Okt. 1934, III C 87/34, bereits näher ausgeführt hat, unterliegen nach der gegenwärtigen Lage der Gesetzgebung auch solche polizeilichen Vfg., die sich auf § 1 VO. d. RPräs. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933 stützen, den Vorschr. des PolVerwG. über die Anfechtung polizeilicher Vfg. Nach § 49 PolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77) in der durch § 33 Nr. 3 VO. v. 3. Sept. 1932 (GS. 289) geänderten Fassung findet aber gegen einen abweisenden Beschwerdebescheid und gegen die polizeiliche Vfg. einer Landespolizeibehörde die Klage im Verwaltungsstreitverfahren statt. Landespolizeibehörden sind nach § 3 PolVerwG. die RegPräs.

Nach § 1 PrVO. v. 2. März 1933 ist für das Verbot periodischer Druckschriften nach Maßgabe des § 1 VO. d. RPräs. v. 28. Febr. 1933 die Landespolizeibehörde zuständig. Der Oberbürgermeister als Ortspolizeibehörde war somit zu dem Erlaß des Zeitungsverbots vom 1. Juni 1933 nicht berechtigt. Da aber auf die Beschw. des Kl. der beklagte RegPräs. durch Vfg. v. 7. Juni 1933 angeordnet hatte, daß das von der Ortspolizeibehörde auf vier Wochen beschränkte Verbot für unbestimmte Zeit gelten solle, ist es nicht zu beanstanden, wenn der Vorderrichter davon ausgegangen ist, daß nunmehr als Gegenstand des vorl. Rechtsstreits nur noch diese Anordnung des Bekl. in Betracht kommt.

Sie stützt sich auf § 14 PolVerwG. in der durch § 1 VO. des RPräs. v. 28. Febr. 1933 erweiterten Zuständigkeit und auf § 1 PrVO. v. 2. März 1933. Durch § 1 VO. d. RPräs. v. 28. Febr. 1933 ist Art. 118 WeimVerf., also das bisherige Recht der Pressefreiheit, außer Kraft gesetzt und bestimmt, daß Beschränkungen dieses wie einer Reihe anderer Grundrechte „auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen" zulässig sind. Eine polizeiliche Vfg., die sich auf diese VO. gründet, ist aber durch die Zweckbestimmung derselben, die nach ihren Eingangsworten der „Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte" dienen soll, auf das Gebiet der politischen Polizei beschränkt. Die in § 1 den Behörden verliehenen außerordentlichen Vollmachten rechtfertigen sich aus dem Bedürfnis der inneren und äußeren Sicherung des Bestandes der neu erwachsenen nationalsozialistischen Staatsform; es ist z. B. nicht daran gedacht, daß auf Gebieten, wie dem der Wasser-, der Wege-, der Jagdpolizei usw., die Polizeibehörden nunmehr ein schrankenloses Ermessen sollten walten lassen können. Dagegen fordert die zwingende und überragende Notwendigkeit der Festigung des neuen Staates, daß auf politischem Gebiete die Grenzen dieses Ermessens so weit als irgend möglich gesteckt werden (vgl. die erwähnte Entsch. v. 25. Okt. 1934, III C 87/34).

Der Vorderrichter hat seiner Entsch. die Ansicht zugrunde gelegt, daß das Verbot einer Zeitung gerechtfertigt ist, wenn sie sich als Ersatz für eine periodische Druckschrift darstellt, die ihrer politischen Richtung wegen auf unbestimmte Zeit verboten war. Diese Rechtsauffassung ist zutreffend. Durch § 9 Abs. 3 der zur Zeit noch in Geltung befindlichen VO. d. RPräs. zum Schutze des Deutschen Volkes v. 4. Febr. 1933 ist bestimmt, daß ein auf Grund des Abs. 1 erlassenes Verbot auch die in demselben Verlage erscheinenden Kopfblätter der periodischen Druckschrift sowie „jede angeblich neue Druckschrift umfaßt, die sich sachlich als die alte darstellt oder als ihr Ersatz anzusehen ist". Verbote auf Grund von § 9 Abs. 1 a. a. O. können allerdings nur beim Vorliegen der dort einzeln aufgeführten Tatbestände und bei Tageszeitungen nach § 9 Abs. 2 a. a. O. in der Regel nur für die Dauer von vier Wochen erlassen werden. Da aber nach den obigen Darlegungen die Polizei bei einem auf Grund § 1 VO. d. RPräs. v. 28. Febr. 1933 erlassenen Zeitungsverbot an die Schranken der VO. v. 4. Febr. 1933 nicht mehr gebunden ist, also auch eine Zeitung wegen ihrer staatsgefährdenden Richtung auf unbestimmte Zeit verbieten kann, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß in solch einem Falle auf Grund der VO. v. 28. Febr. 1933 auch eine angeblich neue Zeitung, die sich sachlich als die alte darstellt oder als ihr Ersatz

anzusehen ist, auf unbestimmte Zeit verboten werden kann. Eine Zeitung stellt sich sachlich als die alte dar, wenn sie im wesentlichen dieselbe politische Richtung verfolgt wie die verbotene. Dagegen hängt die Beantwortung der Frage, ob eine angeblich neue Zeitung als Ersatz für eine verbotene anzusehen ist, von den besonderen Umständen des Einzelfalles ab. Ohne Rücksicht auf den Inhalt der angeblich neuen Zeitung kann hierfür z. B. genügen, daß diese demselben Bezieherkreis zugestellt wird oder denselben Titel weiterführt. Die Merkmale des Ersatzes können sich aber auch in sonstigen Tatsachen zeigen, die mit hinreichender Deutlichkeit einen Zusammenhang zwischen der alten und der neuen Zeitung erkennen lassen.

Im vorl. Falle hatte der Geschäftsführer der F.er Verlagsgesellschaft, deren Zeitung wegen ihrer politischen Richtung auf unbestimmte Zeit verboten war, die für die Herstellung und den Vertrieb dieser Zeitung benutzten Gebäude und Einrichtungen übernommen, um seinerseits eine angeblich neue Tageszeitung herauszugeben, und hatte sich überdies in dem mit der Verlagsgesellschaft abgeschlossenen Pachtvertrage verpflichtet, den Pachtzins an die ... AktG. B. abzuführen, die also offenbar auch das bisherige Zeitungsunternehmen der Verlagsgesellschaft finanziert hatte. Es ergibt sich somit, daß der Herausgeber der angeblich neuen Zeitung der Geschäftsführer desselben Verlages gewesen ist, daß ferner für die Herstellung und den Vertrieb der Zeitung auch dieselben Gebäude und Einrichtungen benutzt wurden, und daß schließlich auch finanzielle Bindungen gegenüber denselben Geldgebern bestanden haben. Diese Tatsachen sind objektiv geeignet, in den Augen des Publikums einen Zusammenhang zwischen der alten und der neuen Zeitung herzustellen und somit die Zeitung des Kl. als Ersatz für die verbotene Zeitung erscheinen zu lassen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie der Vorderrichter weiter angenommen, Kl. aber bestritten hat, außerdem die Gefahr begründet war, daß der Zeitung in Zukunft auch die gleiche politische Richtung gegeben werden könnte, die zum Verbot der alten Zeitung geführt hatte. Denn die erwähnten Tatsachen reichen bereits aus, die Zeitung des Kl. als Ersatz für die verbotene Zeitung anzusehen und daher nach den obigen Ausführungen auch ihr Verbot zu rechtfertigen.

Daß Kl. im Strafverfahren freigesprochen ist, ist für die Entsch. der Verwaltungsstreitsache schon deswegen nicht maßgebend, weil die Rechtmäßigkeit einer polizeilichen Vfg. lediglich davon abhängt, ob objektiv die Voraussetzungen gegeben sind, die die Polizeibehörde zum Einschreiten berechtigen, während es im Strafverfahren auch auf das subjektive Verschulden des Täters ankommt.

Die Abweisung der Klage ist daher zu Recht erfolgt.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 24. Jan. 1935, III C 94/34.)

*

119. Polizeiverfügung. §§ 14, 18, 41 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1931 (GS. 77). Eine polizeiliche Forderung, deren Erfüllung nicht allein von dem Willen des Polizeipflichtigen abhängt und auf deren Erfüllbarkeit durch den Polizeipflichtigen nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht mit hinreichender Sicherheit gerechnet werden kann, ist unstatthaft. Wird durch eine polizeiliche Verfügung dem Polizeipflichtigen etwas aufgegeben, wozu er allein aus eigener Kraft und ohne fremdes Zutun nicht imstande ist, so muß die polizeiliche Verfügung so gefaßt sein, daß der polizeiliche Auftrag, auch ohne zur Ausführung gelangt zu sein, seine Erledigung findet, falls der Polizeipflichtige nachweisen kann, daß er von sich aus alles getan hat, um ihm Genüge zu leisten.

Der Landwirt K., der verheiratet und Vater von vier Kindern im Alter von 12—21 Jahren ist, war Pächter des der Stadt L. gehörigen Gutes H. Auf Grund gerichtlichen Urt. mußte er seine Wohnung auf dem Gut zwangsweise räumen. Da er keine andere Wohnung hatte, sorgte der Amtsvorsteher des Amtsbezirks H. in K. für seine vorläufige Unterbringung und wies ihm einige Räume in dem der Stadt L. gehörigen Kinderheim in H. als Obdach zu. Da die Stadt L. in der Folgezeit die Freigabe der Räume forderte, der Landwirt K. sie aber nicht hergab, richtete der Amtsvorsteher in K. am 17. Mai 1932 an ihn nachstehende polizeiliche Vfg.:

„Gemäß §§ 55—57 PolVerwG. v. 1. Juni 1931 werden Sie hierdurch aufgefordert, bei Vermeidung eines Zwangsgeldes ... sich binnen drei Wochen eine andere Wohnung oder ein anderes Unterkommen zu verschaffen. Gleichzeitig weise ich auf den § 331 Abs. 8 RStGB. hin, der da lautet: (folgt dessen Wortlaut und Rechtsmittelbelehrung)".

Über diese Vfg. beschwerte sich K. mit der Begr., daß er völlig mittellos und es ihm daher unmöglich sei, sich eine Wohnung zu mieten.

Die Beschw. wurde vom Landrat und die Klage des K. vom BezVerwG. abgewiesen. Auf Rev. des K. setzte das OVG. die angefochtene Vfg. außer Kraft.

Der Amtsvorsteher in K. hatte dem zur Aufgabe seiner Wohnung auf seinem bisherigen Pachtgut genötigten und infolgedessen obdachlos gewordenen Kl. zur Behebung der Obdachlosigkeit einige Räume in einem der Stadt L. gehörigen Kinderheim in H. zugewiesen. Die polizeiliche Inanspruchnahme des in der Verfügungsgewalt eines unbeteiligten Dritten stehenden Wohnraums zum Zwecke der Unterbringung eines Obdachlosen stellt sich als eine, ihre gesetzliche Berechtigung in der Vorschr. des § 21 PolVerwG. findende, sog. polizeiliche Notstandsverfügung dar, die ihrem Wesen nach nur von vorübergehender Dauer ist (OVG. 92, 109). Durch die unter solchen Umständen erfolgte Beschlagnahme des einem Dritten gehörigen Wohnraumes übernimmt die Polizei dem Dritten gegenüber die Verpflichtung, die Beschlagnahme so bald wie möglich wieder aufzuheben und für Rückgabe der Wohnung an ihn, wenn nötig durch polizeiliche Gebote oder Verbote, besorgt zu sein (vgl. OVG. a. a. O. 111, 114, 118). Diese Verpflichtung der Polizei bestand also auch hier, und zwar gegenüber der Stadt L. Ein Rechtsanspruch des Kl. an die Stadt L. auf Beibehaltung der Wohnung aus einem Miet- oder sonstigen Wohnungsüberlassungsvertrag oder anderem Rechtsgrunde ist aus dem Vortrag des Kl. nicht zu entnehmen, so daß das Verhältnis der Polizei zur Stadt L. gestaltet war wie sonst bei dem Zugriff der Polizei auf die Wohnung eines unbeteiligten Grundeigentümers zur Verhinderung drohender Obdachlosigkeit. Der Amtsvorsteher in K. handelte deshalb im Rahmen seines Pflichtenkreises, wenn er geeignete Schritte, nötigenfalls auch im Wege unmittelbarer Zwangsanwendung, unternahm, um den Kl. nach einer angemessenen Frist aus dem Kinderheim der Stadt L. wieder zu entfernen. Wenn der Amtsvorsteher zur Vorbereitung der Zurückgabe des vom Kl. festgehaltenen Wohnraumes an die Stadt L. und, um einer infolgedessen drohenden nochmaligen Obdachlosigkeit des Kl. vorzubeugen, sich an diesen hielt und ihn verpflichtete, für Abstellung des aus seiner Obdachlosigkeit sich ergebenden polizeiwidrigen Zustandes besorgt zu sein, so war auch das berechtigt und begründet aus der Verantwortlichkeit des Obdachlosen für die durch seine Obdachlosigkeit bewirkte Störung der öffentlichen Ordnung.

Durch die streitige Vfg. ist dem Kl. aufgegeben worden, sich binnen drei Wochen eine andere Wohnung oder ein anderes Unterkommen zu beschaffen. Diese polizeiliche Vfg. konnte jedoch einer Nachprüfung auf ihre Rechtmäßigkeit nicht standhalten. Es ist von jeher anerkannt worden, daß die Polizei nichts tatsächlich oder rechtlich Unmögliches verlangen darf (Brauchitsch, Bd. 2 Teil I Anm. 14 zu § 14 PolVerwG.; OVG. 24, 385; 38, 181; 64, 476; 72, 284; PrVerwBl. 5, 228; 34, 169/171; R.- u. PrVerwBl. 52, 394/95). Eine polizeiliche Auflage, deren Unausführbarkeit von vornherein feststeht, ist rechtlich unzulässig. Desgleichen ist eine polizeiliche Forderung unstatthaft, wenn ihre Erfüllung nicht allein von dem Willen des Polizeipflichtigen abhängt und auf ihre Erfüllbarkeit durch den Polizeipflichtigen nach der Erfahrung des täglichen Lebens nicht mit hinreichender Sicherheit gerechnet werden kann. Das hat die Polizei vor Erlaß einer Anordnung zu prüfen, und sie darf es nicht bewußt darauf ankommen lassen, ob es überhaupt möglich sein wird, eine Anordnung, die sie gibt und deren Erzwingung sie androht, auch auszuführen. Denn eine polizeiliche Vfg., deren Unausführbarkeit in der Folgezeit festgestellt wird, ist zur Vollstreckung ungeeignet und darum untauglich zur Verwirklichung des erstrebten polizeilichen Zieles. Ist das vorauszusehen, so darf die polizeiliche Vfg. nicht erlassen werden. Wird durch eine polizeiliche Vfg. dem Polizeipflichtigen etwas aufgegeben, wozu er allein aus eigener Kraft und ohne fremdes Zutun nicht imstande ist, so muß die polizeiliche Vfg. derart gefaßt sein, daß der polizeiliche Auftrag, auch ohne zur Ausführung gelangt zu sein, seine Erledigung findet, falls der Polizeipflichtige nachweisen kann, daß er von sich aus alles getan hat, um ihm Genüge zu leisten. Unter diesen Gesichtspunkten betrachtet, konnte die streitige polizeiliche Vfg. nicht aufrechterhalten werden. Zwar hat der Vorderrichter seiner Überzeugung dahin Ausdruck gegeben, daß dem Kl. bei ernstem Willen, nötigenfalls unter Herantreten an den Bezirksfürsorgeverband wegen eines Mietzuschusses, möglich gewesen wäre, für sich und seine Familie ein anderes Unterkommen zu finden. Für diese Ansicht fehlt es aber an jeder tatsächlichen Begr. Auf Grund welcher Tatsachen und Erwägungen das Gericht diese oder jene Überzeugung erlangt hat, muß aber aus den Urteilsgründen erkennbar sein. Nicht daß das Gericht, sondern aus welchen einzelnen Tatsachen es sich seine Überzeugung gebildet hat, muß aus dem Urt. entnommen werden können (vgl. PrVerwBl. 48, 279). Das folgt aus § 81 LVG., und ein Verstoß gegen diese Vorschr. muß, wenn das Urt. wie hier auf ihm beruht, zur Aufhebung des Urt. führen. Bei freier Beurteilung ist die Sache spruchreif.

Maßgebend für die Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der polizeilichen Vfg. war der Zeitpunkt ihrer Zustellung, so daß die damaligen, nicht die jetzigen Einkommensverhältnisse des Kl. zugrunde zu legen sind und es nicht darauf ankommt, ob sich sein Einkommen neuerdings dadurch erhöht hat, daß er als Wirtschaftsbeauftragter angestellt worden ist. Als die polizeiliche Vfg. erging, standen dem Kl. bei der Anzahl und dem Alter seiner Kinder von seinem Einkommen nur sehr beschränkte Mittel für Wohnungsmiete zur Ver-

fügung. Das gilt auch dann noch, wenn sein Einkommen, wie in der RevInst. neu behauptet worden ist, sich monatlich auf 184,90 RM beliefe. Der Kl. hat sich hierzu noch nicht geäußert; die Behauptung mag aber als richtig unterstellt werden. Denn es darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß dieses Einkommen auch die Rente enthielt, die der Kl. als Schwerkriegsbeschädigter bezieht, und daß er außerdem verschuldet ist. Nimmt man hinzu, daß, wie der Bekl. erklärt hat, sich die Unterbringung von weiteren fünf obdachlosen Familien im Amtsbezirk H. wegen Fehlens geeigneter Räumlichkeiten sehr schwierig gestaltet, so erhellt daraus, daß die Aussicht, der Kl. könnte sich binnen drei Wochen eine Wohnung beschaffen, wie ihm die Polizei aufgegeben hatte, gering war, selbst wenn er, wozu er verpflichtet ist, seine Wohnungsansprüche seinen Einkommensverhältnissen anpaßte. Mit der Fruchtlosigkeit auch ernster Bemühungen des Kl. um Erlangung einer Wohnung mußte die Polizeibehörde daher rechnen. Weil dem im allgemeinen bei obdachlos gewordenen Personen so ist, ist auch mit guten Gründen der Tatbestand einer strafbaren Handlung nicht schon erfüllt, wenn der Obdachlose nach behördlicher Fristsetzung sich kein Unterkommen beschafft hat, sondern erst dann, wenn er zugleich auch den Nachweis nicht erbringen kann, daß er es trotz der von ihm angewandten Bemühungen nicht vermocht habe (§ 361 Ziff. 8 StGB.). Dieser Nachweis ist ihm stets freigelassen, und er kann sich durch ihn entlasten. Die polizeiliche Vfg., die dem Kl. diesen Nachweis nicht verstattete, stellte an ihn eine Forderung, auf deren Erfüllbarkeit sie mit einiger Gewißheit nicht rechnen konnte. Sie widersprach deshalb den geltenden Rechtsgrundsätzen und mußte außer Kraft gesetzt werden.

(PrOVG., 3. Sen., Urt. v. 20. Dez. 1934, III C 139/34.)

*

120. §§ 710, 731, 784, 789, 790 II 11 ALR.; VO. betr. Beitragspflicht zur Unterhaltung von Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäuden im Markgraftum Oberlausitz v. 11. April 1846 (GS. 164). Baulastpflicht des Kirchenpatrons. Zur Frage der Baulastpflicht des Kirchenpatrons im Gebiet des ehemaligen Markgraftums Oberlausitz. Wie verhält sich die Baulastpflicht des Patrons bei Pfarrbauten zu der dem Pfarrer obliegenden Pflicht zur Unterhaltung von Zäunen und Gehegen (§ 784 II 11 ALR.)?

Die evangelische Kirchengemeinde in D., Kreis Sagan, befindet sich im Gebiet des ehemaligen Markgraftums Oberlausitz, das auf Grund der Beschlüsse des Wiener Kongresses von 1815 und des im Anschluß daran zwischen den Königen von Preußen und Sachsen abgeschlossenen Friedens- und Freundschaftsvertrags vom 18. Mai 1815 (GS. 53) an Preußen abgetreten wurde. Patron der Kirche ist der Fürst zu S., und zwar als Eigentümer des Rittergutes L.-D.

Auf Antrag der Kirchengemeinde erließ der RegPräs. in L. auf Grund Art. 17 StaatsG. v. 8. April 1924 (GS. 221) einen Baubeschluß v. 7. Febr. 1930, worin er die Erneuerung des Zaunes des Pfarrgrundstücks in einer Länge von 36 m als notwendig und zweckmäßig anerkannte und den Patron für verpflichtet erklärte, zu den Kosten der Zaunerneuerung einen Patronatsbeitrag in Höhe von einem Drittel der sich auf 300 RM belaufenden baren Bausumme zu leisten.

Die daraufhin von dem Patron mit dem Antrage auf Freistellung von der Baulast für den Zaun erhobene Klage wies der BezAussch. ab. Der Rev. des Kl. versagte das OVG. den Erfolg.

Die Ortschaft D. liegt unstreitig in dem ehemals sächsischen Gebiet, das, wie vorerwähnt, i. J. 1815 an Preußen abgetreten worden ist. Durch Einführungspatent v. 15. Nov. 1816 (GS. 233) ist in diesem Gebiete v. 1. März 1817 ab das ALR. eingeführt worden. Nach § 2 Einführungspatent ist das ALR. an die Stelle der bisher zur Anwendung gekommenen Allgem. Landes- und der subsidiarischen Gesetze getreten. Nach § 3 des Patents sollten die in den einzelnen Provinzen und Orten bisher in Geltung gewesenen besonderen Rechte und Gewohnheiten noch fernerhin ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit behalten; die Vorschr. des ALR. sollten erst „in deren Ermangelung" anwendbar sein.

In dem Gebiete des Markgraftums Oberlausitz bestand nach Einführung des ALR. Unklarheit darüber, ob in der Oberlausitz hinsichtlich der landrechtlichen Verpflichtung der Patrone, zu den Bauten der Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude beizutragen, eine abweichende Observanz, d. h. Provinzialobservanz, bestehe. Seitens der Sächs. Oberamtsregierung zu Bautzen war in einem Gutachten (sog. „Attest" v. 27. Aug. 1821) die Auffassung vertreten worden, daß nach den in der Oberlausitz von jeher befolgten Grundsätzen des erbländischen Kirchenrechts die Patrone und eingepfarrten Ortsherrschaften nur wegen der ihnen etwa zustehenden eingezogenen Rustikalgrundstücke zu Kirchen-, Pfarr- und Schulbauten beizutragen hätten, sonst jedoch, soweit nicht besondere Verträge oder örtliche Gewohnheiten etwas anderes bestimmten, von der Beitragsleistung befreit seien. Die Rspr. hatte sich dieser Rechtsmeinung überwiegend angeschlossen, doch fehlte es auch nicht an abweichenden Gerichtsentscheidungen (vgl. von Wangenheim, Provinzialrecht des Markgraftums Oberlausitz, 1844, S. 180—182).

Die VO. betr. Beitragspflicht zur Unterhaltung von Kirchen, Pfarr- und Schulgebäuden im Markgraftum Oberlausitz vom 11. April 1846 (GS. 164) bezweckte, wie aus den Eingangsworten hervorgeht, die Zweifel zu beseitigen, die über die Verpflichtung der Patrone und anderer Personen zur Unterhaltung der Kirchen- usw. Gebäude in der Oberlausitz bestanden. Daher wurde im § 1 bestimmt, daß in dem Markgraftum Oberlausitz fortan bei allen Kirchen-, Pfarr- und Schulbauten die Vorschr. des ALR. Teil II Tit. 11 §§ 710—756 anzuwenden seien; doch sollte in allen Fällen nach § 2 der Patron nur ein Drittel der in barem Gelde zu entrichtenden Beiträge zu leisten haben. Nach dieser VO. kommt für die Oberlausitz eine allgemeine Observanz (Provinzialobservanz) anderen Inhalts nicht mehr in Betracht. Daraus ergab sich ohne weiteres die Anwendbarkeit der §§ 712 bis 756 II 11 ALR., welche die allgemeinen Vorschr. über die „Kosten zum Bauen und zur Unterhaltung der Kirchengebäude" enthalten.

Die VO. beschränkte sich aber nicht darauf, die streitige Landesobservanz zu beseitigen, sondern griff, um klare Rechtsverhältnisse zu schaffen, auch in den Bestand der örtlichen Observanzen ein. Denn nach § 3 VO. sollte auf „örtliche Gewohnheiten", die über die in den §§ 1 und 2 erwähnten Verpflichtungen beständen, nicht ferner zurückgegangen werden. Dadurch wurde verhindert, daß etwa geltend gemacht werden könnte, es bestehe trotz Aufhebung der Provinzialobservanz eine ihr inhaltlich entsprechende örtliche Observanz. Die VO. räumte also auf dem für sie in Betracht kommenden beschränkten räumlichen und sachlichen Geltungsbereich mit allen Observanzen auf, die bis zu ihrem Inkrafttreten entstanden waren. Diese Observanzen verloren ihre Wirksamkeit. Kl. kann sich also auf eine Observanz, die sich vor dem Inkrafttreten der VO. v. 11. April 1846 etwa gebildet hat, nicht berufen. Wenn daher Kl., wie er geltend macht, bereits bei Erlaß der VO. observanzmäßig nicht verpflichtet war, als Patron zu Zaunneubauten beizutragen, so ist diese Observanz weggefallen und es käme nur in Frage, ob sich die Observanz nach dem Inkrafttreten der VO. von neuem gebildet hat.

Es mag zutreffen, daß die Gründe der angefochtenen Entsch. sich nicht ausdrücklich darüber aussprechen, welche Stellung der BezAussch. gegenüber der vom Kl. auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten der VO. behaupteten Observanzentstehung eingenommen hat. Aus dem Inhalt des Urteils kann jedoch kein Zweifel darüber obwalten, daß der BezAussch. das Bestehen auch einer solchen Observanz verneinen wollte und verneint hat.

Unzutreffend ist die Ansicht des RevKl., die Vorinstanz habe über die von ihm in der Vorinstanz geltend gemachte Observanz eine dem Akteninhalt zuwiderlaufende Feststellung getroffen. Kl. hatte in der ersten Instanz geltend gemacht, die VO. vom 11. April 1846 finde auf Zäune und Zaunbauten keine Anwendung. Dieser Gegenstand sei vielmehr durch § 784 II 11 ALR. geregelt; hiernach sei die Unterhaltung der Zäune und Gehege von den Pfarrern und Kirchenbedienten aus eigenen Mitteln zu besorgen. Eine diese Vorschr. abändernde Observanz zu Lasten des Patrons sei vom Gemeindekirchenrat weder behauptet noch nachgewiesen. Der BezAussch. hat in Übereinstimmung mit diesem Vorbringen die Geltung des § 784 II 11 ALR. in dem Gebiete des ehemaligen Markgraftums Oberlausitz bejaht und das Vorhandensein einer diese Vorschr. abändernden Observanz verneint.

Der § 784 II 11 ALR. stellt eine Sonderregelung für die Unterhaltung von Zäunen und Gehegen von Pfarrbauten dar. Als solche geht sie den allgemeinen Vorschr. über die Pfarrbaulast, die an sich auch für Zäune als Zubehörstücke der Pfarrgebäude gelten vor. Für Pfarrgebäude gelten aber nach §§ 789, 790 II 11 ALR. die gleichen Grundsätze, wie sie für die Bau- und Reparaturkosten der eigentlichen Kirchengebäude bestehen. Bei Unzulänglichkeit des Kirchenvermögens müssen demnach die Kosten von den Eingepfarrten und dem Patron getragen werden. Während jedoch nach § 731 II 11 ALR. dem Patron bei Landkirchen zwei Drittel der in barem Gelde zu entrichtenden Beiträge zur Last fallen, ist er, wie erwähnt, nach § 2 VO. v. 11. April 1846 verpflichtet, nur ein Drittel jener Beiträge zu leisten. Die VO. vom 11. April 1846 regelt, wie aus ihrer Entstehungsgeschichte ohne weiteres hervorgeht, nur die allgemeine Baulastpflicht (§§ 712 bis 756 II 11 ALR.) und läßt daher den § 784 II 11 ALR. unberührt. Überdies wird im § 4 VO. ausdrücklich erklärt, daß an der Beitragsverpflichtung anderer Personen außer dem Kirchenpatron und den Eingepfarrten durch das Gesetz nichts geändert werde. Ob überhaupt die Vorschr. des § 784 II 11 ALR. durch eine abweichende Observanz geändert werden kann, mag hier da-

hingestellt bleiben. Wenn der RevKl. jetzt geltend macht, es habe sich eine Observanz gebildet, wonach der Kirchenpatron niemals Beiträge zu Zaunneubauten geleistet habe, so behauptet er nicht eine Observanz, die den § 784 a. a. O., sondern eine solche, die die allgemeine landrechtliche Beitragspflicht des Kirchenpatrons zu Pfarrbauten abändert. Denn die Neuerrichtung von Zäunen fällt, wie der BezAussch. mit Recht ausgeführt hat, nicht unter die Vorschr. des § 784 a. a. O. Diese Vorschr. ist vielmehr, wie der BezAussch. zutreffend bemerkt, so auszulegen, wie es in dem Runderlaß (Zirkularverfügung) des Kultusministers v. 21. Okt. 1841 (MBliV. 324, 325) geschehen ist. Hiernach fallen dem Pfarrer nicht sämtliche Instandsetzungen von Zäunen und Gehegen der Pfarrgebäude zur Last. Vielmehr ist nach § 784 II 11 ALR. zu unterscheiden zwischen den laufenden Ausbesserungsarbeiten, die dem Pfarrer obliegen, und den Zaunerneuerungen, die infolge Verfalls durch Alter, Zufall usw. veranlaßt werden, ohne daß eine Vernachlässigung der laufenden Unterhaltspflicht des Pfarrers vorliegt. Die Neubauten der Zäune fallen, wie die angeführte Zirkularverfügung mit Recht ausführt, dem Pfarrer nur dann zur Last, wenn sie durch sein eigenes, persönliches Verschulden veranlaßt worden sind (vgl. Koch, ALR., 8. Aufl., Bd. 4, S. 583, Anm. 12 zu § 784 II 11 ALR.).

Ohne Rechtsirrtum hat im vorl. Falle der BezAussch. auf Grund des Gutachtens eines Bausachverständigen festgestellt, daß es sich um einen Neubau des Zauns handle, der durch einen Verfall des Zaunes infolge Alters notwendig geworden sei, ohne daß dem Pfarrstelleninhaber ein Verschulden treffe. Auf Grund des Gutachtens hat der BezAussch. ohne Rechtsirrtum ferner die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Zaunneubaues in der geplanten Ausführung bejaht.

Hiernach würde gem. den §§ 789, 790 II 11 und § 731 II 11 ALR. i. Verb. m. § 2 VO. v. 11. April 1846 — Unzulänglichkeit des Kirchenvermögens vorausgesetzt — der in dem angefochtenen Beschl. des RegPräs. v. 7. Febr. 1930 festgesetzte Patronatsbeitrag in Höhe von einem Drittel der in barem Gelde zu entrichtenden Beiträge = 100 *RM* gerechtfertigt sein, falls nicht etwa nach dem Inkrafttreten der VO. die vom RevKl. geltend gemachte Observanz sich gebildet hat.

Zum Nachweis einer Observanz jenes Inhalts genügt nicht die Feststellung, daß der Patron in einzelnen Fällen von Zaunneubauten sich erfolgreich geweigert hat, den Patronatsbeitrag an die Kirchengemeinde zu entrichten. Aus dem, was der RevKl. zur Begr. der Observanz dargelegt hat, würde also an sich das Bestehen der Observanz noch nicht zu folgern sein. Die Entstehung einer Observanz setzt vielmehr nach anerkannten Rechtsgrundsätzen einmal eine langjährige Übung voraus, und sodann muß auch die Übung auf der Überzeugung beruhen, daß sie für den gegebenen Fall das Gebotene und Gewiesene sei (vgl. OVG. 13, 252, 283; 15, 185, 229; 17, 289; 21, 210; 23, 136; 53, 207, 211; 76, 378, 381, 382; 85, 305, 310; 89, 177; 92, 86). Die langjährige Übung müßte sich im vorl. Falle darauf erstrecken, daß der Patron bei notwendig gewordenen Zaunerneuerungen niemals zu Baubeiträgen herangezogen worden wäre. Es würden also die Fälle ausscheiden, in denen lediglich Ausbesserungen des Zauns im Rahmen der Unterhaltspflicht des Pfarrers gem. § 784 II 11 ALR. erfolgten. Auf derartige Ausbesserungsarbeiten bezieht sich jedoch die Mehrzahl der überreichten Kirchenrechnungen. Weiterhin würden aber auszuscheiden haben diejenigen Fälle, bei denen zwar eine aus dem Rahmen des § 784 II 11 ALR. fallende Zaunerneuerung stattgefunden hat, jedoch eine Beitragspflicht des Patrons deshalb nicht bestand, weil die Instandsetzungskosten nach § 789 II 11 ALR. aus dem Kirchenvermögen genommen werden konnten. Schließlich kämen auch diejenigen Fälle nicht in Betracht, in denen der Patron nur deshalb nicht herangezogen worden ist, weil die Kirchengemeinde sich in einem Rechtsirrtum über die Tragweite der VO. vom 11. April 1846 — insbes. der Vorschr. des § 3 — befand.

Wenn der RevKl. zum Beweise der Observanz sich auf den Baufall vom Jahre 1849 beruft, so geht aus dem Schriftwechsel des Patrons mit dem Pfarrer lediglich hervor, daß der Patron dem Pfarrer gegenüber mit Erfolg sich geweigert hat, Holz zum Zaunneubau unentgeltlich herzugeben, und zwar mit der durchaus unzutreffenden Begr., daß „unter den gegenwärtigen Verhältnissen nichts geschenkt werden könne". Dieser zweifellos erstmalige Baufall nach dem Inkrafttreten der VO. v. 11. April 1846 beweist aber gerade, daß beide Vertragsparteien sich offenbar über die durch § 3 VO. herbeigeführte Rechtsänderung im Irrtum befanden. Beide Teile übersahen, daß vom Inkrafttreten der VO. ab auf Ortsobservanzen nicht mehr zurückgegangen werden durfte. Dieser Irrtum schloß aber die Bildung einer Observanz aus. Der Baufall von 1849 hat demnach hier auszuscheiden; er läßt sich zum Nachweis der Observanz nicht verwerten. Die übrigen vom RevKl. angeführten Baufälle, von denen übrigens nur die Zauninstandsetzung vom Jahre 1892 mit einiger Sicherheit als eigentlicher Zaunneubau angesprochen werden kann, genügen, wie auch der BezAussch. angenommen hat, nicht zum Nachweis der vom RevKl. geltend gemachten Observanz, ganz abgesehen davon, daß es auch zweifelhaft erscheint, ob damals die verhältnismäßig geringfügigen Instandsetzungskosten nicht überhaupt nach § 789 II 11 ALR. aus dem Kirchenvermögen zu entnehmen waren, so daß rechtlich der Patron gar nicht herangezogen werden durfte.

Ohne Rechtsirrtum und ohne Verstoß wider den Akteninhalt hat der Bezirksausschuß schließlich festgestellt, daß das Kirchenvermögen allein im vorl. Falle nicht in der Lage sei, die Kosten des gesamten Zaunneubaus zu tragen. Der Patron hatte in erster Instanz die von der Kirchengemeinde geltend gemachte Unzulänglichkeit des Kirchenvermögens nicht bestritten. Der BezAussch. hatte daher keinen Anlaß, die Zulänglichkeit des Kirchenvermögens näher zu prüfen. Wenn jetzt der RevKl. unter Beweisantretung geltend macht, das Kirchenvermögen sei leistungsfähig gewesen, so ist dies ein neues tatsächliches Vorbringen, das in der RevInst. angesichts der beschränkten Natur der Rev. nicht berücksichtigt werden kann.

(PrOVG., 8. Sen., Urt. v. 2. Okt. 1934, VIII C 16/33.)

*

121. Dienststrafrecht. §§ 12, 12a, 13 PrBDStrO. vom 27. Jan. 1932 (GS. 59) u. 18. Aug. 1934 (GS. 353). Durch die Bewilligung einer Unterstützung auf Grund § 13 BDStrO. wird der zu Dienstentlassung oder Ruhegehaltsverlust Verurteilte nicht zum Ruhegehaltsempfänger i. S. des § 12 a. a. O.

Durch zweitinstanzliches Urt. des OVG. v. 1. Juni 1934 wurde der PolOberwachtm. D. mit Dienstentlassung bestraft und ihm eine Unterstützung in Höhe von 60% seines erdienten Ruhegehalts auf die Dauer von 6 Jahren bewilligt. Bevor dieses Urt. erging, hatte der für D.s Amtssitz zuständige Landrat gegen den Angesch. ein zweites förmliches Dienststrafverfahren eingeleitet wegen des Vorwurfs, daß der Angesch. öfter im Nov. 1933 und Febr. 1934 in und außer Dienst betrunken gewesen sei. Durch Urt. v. 24. Mai 1934 erkannte die zuständige DienstStrK. in diesem zweiten Verfahren für Recht:

„Der Angesch. wird zur Dienstentlassung und zur Tragung der Kosten verurteilt. Ihm wird als Unterstützung 60% des Ruhegehaltes, das er im Zeitpunkt der Dienstentlassung erdient hätte, auf die Dauer von 6 Jahren bewilligt."

Gegen das Urt. hat der Angesch. Ber. eingelegt und seine Freisprechung beantragt. Das OVG. hob die Vorentsch. auf und stellte das Verfahren ein.

Die Ber. konnte nicht zu einer sachlichen Nachprüfung führen:

Nach Erlaß des angef. Urt. ist der Angesch. in dem ersten gegen ihn eingeleiteten Dienststrafverfahren durch das Urt. des Gerichtshofs v. 1. Juni 1934 rechtskräftig mit Dienstentlassung bestraft worden; der Angesch. hat damit am 1. Juni 1934 seine Beamteneigenschaft verloren. Das vor diesem Zeitpunkt gegen ihn eingeleitete zweite Dienststrafverfahren kann, da er nicht mehr Beamter ist, nur fortgesetzt werden unter den Voraussetzungen des § 12a BDStrO., d. h. wenn der Angesch. Ruhegehaltsempfänger ist, und zwar mit dem Ziele der Aberkennung des Ruhegehalts. Es ist dann, wenn nicht wegen Schuldlosigkeit oder mangelnden Beweises Freisprechung erfolgt, auf Einstellung des Verfahrens oder Verlust des Ruhegehalts zu erkennen. Die Einstellung hat — abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle des § 12a Abs. 1 Satz 3 BDStrO. — dann zu erfolgen, wenn der Angesch. zwar eines Dienstvergehens schuldig ist, das Vergehen aber nur eine geringere Strafe als Dienstentlassung rechtfertigt und daher auch nicht auf Ruhegehaltsverlust erkannt werden kann.

Es war daher im vorl. Falle zunächst zu prüfen, ob der Angesch. nach dem 1. Juni 1934 auf Grund der Tatsache, daß ihm 60% seines erdienten Ruhegehalts auf die Dauer von 6 Jahren bewilligt worden sind, Ruhegehaltsempfänger i. S. des § 12a BDStrO. geworden ist. Bei Verneinung dieser Vorfrage ist für ein Dienststrafverfahren überhaupt kein Raum mehr, und das Verfahren muß schon wegen Fehlens dieser Voraussetzung eingestellt werden.

Die genannte Vorfrage war zu verneinen: Der zur Dienstentlassung Verurteilte verliert nach § 12 BDStrO. den Anspruch auf Dienstbezüge, Ruhegehalt, Hinterbliebenenversorgung, Amtsbezeichnung, Titel, Dienstkleidung und Dienstabzeichen, ohne daß auf diese gesetzlichen Folgen besonders erkannt zu werden braucht. Wenn besondere Umstände eine mildere Beurteilung zulassen, kann das Urt., das auf Dienstentlassung oder auf Ruhegehaltsverlust lautet, nach § 13 BDStrO. dem Verurteilten auf Zeit oder lebenslänglich als Unterstützung einen Teil des Ruhegehalts bewilligen, das er im Zeitpunkt der Dienstentlassung erdient hätte; dabei ist die Unterstützung gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 nach Hundertteilen des Ruhegehalts festzusetzen. Die Komm. von Brand (3. Aufl., Anm. 7 zu § 12a und Anm. 9 zu

§ 13) und Wittland (Anm. 7 zu § 12a und Anm. 20 zu § 13) vertreten die Auffassung, daß eine gem. § 13 BDStrO. bewilligte Unterstützung die rechtliche Natur eines Ruhegehalts hat und der entlassene Beamte daher als Ruhegehaltsempfänger i. S. des § 12a BDStrO. anzusehen ist. Brand und Wittland verweisen darauf, daß die auf Grund § 13 BDStrO. bewilligte Unterstützung hinsichtlich der Anwendung von Kürzungsbestimmungen und Pfändungsbeschränkungen sowie hinsichtlich der Anrechnung bei einer Wiederanstellung dem Ruhegehalt gleichgestellt ist. Dies rechtfertigt jedoch nicht den Schluß, daß die bei der Dienstentlassung bewilligte Unterstützung rechtlich wesensgleich mit dem Ruhegehalt ist, d. h. mit den von einem Beamten erdienten, nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst auf Lebenszeit zu entrichtenden, auf Grund gesetzlicher Best. zu gewährenden Bezügen. Wittland verweist zur Begr. seiner Auffassung auch auf die Entsch. des Gerichtshofs, OVG. 83, 445. Dort ist allerdings gesagt, daß die auf Grund des § 16 Nr. 2 Abs. 2 DiszG. v. 21. Juli 1852 (GS. 465) bewilligte Unterstützung den rechtlichen Charakter einer auf bestimmte Quoten bemessenen Pension hat; dabei handelte es sich aber, wie die Entscheidungsgründe in ihrem Zusammenhange ergeben, lediglich um die Erörterung, wie die Unterstützung zu bestimmen und zu berechnen ist und welche Anrechnungen gegebenenfalls anzuordnen sind. Die Rechtsnatur der auf Grund § 16 Ges. v. 21. Juli 1852 bewilligten Unterstützung ist grundsätzlich klargestellt in der in demselben Bande veröffentlichten Entsch. des Gerichtshofs v. 20. April 1928 (OVG. 83, 449 ff.). Diese Entsch. geht davon aus, daß nach der ausdrücklichen Best. des § 16 Nr. 2 Ges. v. 21. Juli 1852 die Strafe der Dienstentlassung den Verlust des Titels und des Pensionsanspruchs von selbst nach sich zieht, und ihre Wirkung danach in der gänzlichen, ohne Übertragung eines anderen Amtes erfolgenden Entlassung aus dem gegenwärtig bekleideten Amte und dem Verlust des Gehalts, des Titels und des Pensionsanspruchs besteht, ohne daß auf diese Folgen besonders zu erkennen wäre. Die Entsch. führt weiterhin aus, daß das Gesetz dem Disziplinarrichter nicht gestattet, von diesen Folgen der Dienstentlassung abzusehen, und die Wirkung des Pensionsverlustes nur dadurch gemildert werden kann, daß dem zur Dienstentlassung Verurteilten auf Grund von § 16 a. a. O. ein Teil der Pension dauernd oder auf Zeit, und zwar nicht als Pension, welche nur die ehrenvoll aus dem Amte ausgeschiedenen Beamten beziehen, wohl aber als Unterstützung bewilligt wird. Diese Rechtsausführungen gelten nach wie vor, da der zur Dienstentlassung Verurteilte auch nach der jetzt geltenden Best. des § 12 BDStrO. durch die Dienstentlassung den Anspruch auf Dienstbezüge, Ruhegehalt, Hinterbliebenenversorgung, Amtsbezeichnung, Titel, Dienstkleidung und Dienstabzeichen verliert, ohne daß auf diese gesetzlichen Folgen besonders zu erkennen ist, und wie früher in dem § 16 DiszG. v. 21. Juli 1852, so jetzt durch § 13 BDStrO. für den Fall, daß besondere Umstände eine mildere Beurteilung zulassen, die Möglichkeit gegeben ist, in dem auf Dienstentlassung oder auf Ruhegehaltsverlust lautenden Urt. zu bestimmen, daß dem Verurteilten auf Zeit oder lebenslang als Unterstützung ein Teil des Ruhegehalts, welches er im Zeitpunkt der Dienstentlassung erdient hätte, zu gewähren ist. Daß es sich dabei aber nicht um eine teilweise Belassung des erdienten Ruhegehalts, sondern um einen besonderen, durch positive Gesetzesbestimmung ermöglichten und durch rechtsbegründendes Urt. des DienstStrGer. geschaffenen Unterstützungsanspruch handelt, ergibt sich zweifelfrei daraus, daß

1. die Strafe der Dienstentlassung nach § 12 BDStrO. den völligen Verlust des Ruhegehaltsanspruches in sich schließt;

2. nach § 13 BDStrO. eine Unterstützung, also nicht ein Ruhegehalt zugesprochen werden kann, wenn auch die Festsetzung und Errechnung dieser Unterstützung „nach Hundertteilen des erdienten Ruhegehalts" zu erfolgen hat;

3. durch § 13 BDStrO. i. d. Fass. des Ges. v. 18. Aug. 1934 (GS. 353) eine Unterstützungsbewilligung nicht nur in den auf Dienstentlassung, sondern auch in den auf Ruhegehaltsverlust lautenden Urt. zugelassen ist. Es wäre widersinnig, wenn nach der BDStrO. zwar auf völligen Verlust des Ruhegehalts zu erkennen, gleichzeitig aber der Ruhegehaltsanspruch gemindert wieder zuzuerkennen wäre. Nach seiner Fassung läßt § 13 des Ges. also zwar eine Vergünstigung durch Unterstützungsbewilligung, nicht aber die Zuerkennung eines Ruhegehaltsanspruchs zu.

Wenn dem entgegengehalten wird, daß durch eine solche Regelung der BDStrO. der Unterstützungsempfänger besser gestellt würde als der Ruhegehaltsempfänger, weil ersterer seiner Unterstützung nicht mehr verlustig gehen, letzterem dagegen sein Ruhegehalt im Wege des Dienststrafverfahrens aberkannt werden könne, so ist dieser Einwand nicht durchschlagend. Einmal soll nach der Absicht des Gesetzgebers die Gewährung einer Unterstützung gem. § 13 BDStrO. nicht die Regel, sondern eine Ausnahme sein, außerdem aber kann nach ständiger Rspr. der DienstStrGer. auch dem Ruhegehaltsempfänger, dem das Ruhegehalt durch Urt. aberkannt wird, eine Unterstützung gem. § 13 BDStrO. bewilligt werden.

Mit Recht ist daher von Klüber (BeamtJahrb. 1933, 190 ff.) und Behnke (BeamtJahrb. 1934, 486) die Auffassung vertreten worden, daß eine bei Verhängung der Dienstentlassung auf Grund § 13 BDStrO. bewilligte Unterstützung nicht als Ruhegehalt i. S. des Ges. angesehen werden kann. Der zur Dienstentlassung verurteilte Beamte wird daher auch durch eine auf Grund des § 13 erfolgende Unterstützungsbewilligung nicht zum Ruhegehaltsempfänger i. S. des § 12a BDStrO. Eine solche Unterstützungsbewilligung erfüllt hiernach nicht die in § 12a Abs. 1 Satz 1 BDStrO. geforderte Voraussetzung für die Fortsetzung eines bereits schwebenden oder die spätere Einleitung eines neuen Dienststrafverfahrens.

Das Dienststrafverfahren unterlag daher der Einstellung.

(PrOVG., 1. (Dienststr.-)Sen., Urt. v. 16. Jan. 1935, VI D 14/34.)

*

122. Wasserpolizeiliche Genehmigung. § 99 PrWassG. v. 7. April 1913 (GS. 53); §§ 40, 48, 49 PrPolVerwG. v. 1. Juni 1933 (GS. 77); § 50 Abs. 3 PrLVG. v. 30. Juli 1883 (GS. 195). Die Erteilung einer wasserpolizeilichen Genehmigung gemäß § 99 WassG. ist keine PolVfg. i. S. § 40 PolVerwG. Sie kann nicht mit den Rechtsbehelfen dieses Ges. angefochten werden, sondern nur mit Beschwerde im Aufsichtswege gemäß § 50 Abs. § 50 LVG.

Die Wasserpolizeibehörde in F. erteilte am 17. Jan. 1933 der Stadtgemeinde F. auf Grund § 99 WassG. die nachgesuchte Genehmigung zur Beseitigung einer Stauanlage an der B.-Mühle. Gegen diese Entsch. erhob der Mühlenbesitzer H. Beschw. beim Landrat in F., der die Vfg. v. 17. Jan. 1933 mit der Begr. aufhob, sie sei eine PolVfg. i. S. des § 127 ff. LVG. und sachlich aus — hier belanglosen — Gründen ungerechtfertigt. Der daraufhin von der Stadtgemeinde F. erhobenen Klage im Verwaltungsstreitverfahren gab das BezVerwGer. statt. Auf Rev. des bekl. Landrats hob das OVG. die Vorentscheidung wegen unrichtiger, hier nicht interessierender, Anwendung des bestehenden Rechts auf und wies in freier Beurteilung der spruchreifen Sache die Klage mit folgender Begr. ab:

Von Amts wegen war zunächst zu prüfen, ob im vorl. Falle das Verwaltungsstreitverfahren überhaupt gegeben ist. Es ist deshalb unerheblich, ob der Bekl. nach der Auffassung der Kl. dadurch, daß er die Klage dem BezVerwGer. zur Entsch. vorgelegt hat, deren Zulässigkeit anerkannt haben soll. Ein solches Parteianerkenntnis würde den Verwaltungsrichter nicht binden und ihn nicht der Verpflichtung zur selbständigen Prüfung entheben. Nach § 49 PolVerwG., auf den, wie bereits erwähnt, die Klage offenbar gestützt wird und auch nur gestützt werden kann, findet gegen einen abweisenden Beschwerdebescheid, d. h. gegen einen Bescheid, durch den eine gegen eine PolVfg. gerichtete Beschw. zurückgewiesen wird, binnen zwei Wochen die Klage im Verwaltungsstreitverfahren beim BezAusch. statt, an dessen Stelle nach dem AnpG. vom 15. Dez. 1933 (GS. 479) das BezVerwGer. getreten ist. Die Anwendung dieser Vorschr. setzt also voraus einmal, daß eine Beschw. gegen eine PolVfg. i. S. des PolVerwG. erhoben, und zum anderen, daß diese Beschw. von der angerufenen Behörde zurückgewiesen worden ist. Beides trifft hier nicht zu. Der mit der Klage angefochtene Bescheid des Bekl. entscheidet auf Beschw., die der der Beseitigung der städtischen Stauanlage Widersprechende wegen der der Stadtgemeinde von der Wasserpolizeibehörde auf Grund § 99 WassG. erteilten Genehmigung erhoben hatte. Da der Bekl. dieser Beschw. durch Aufhebung der wasserpolizeilichen Genehmigung stattgegeben hatte, kann schon um deswillen von einem abweisenden Beschwerdebescheide nicht die Rede sein. Vor allem ist aber die wasserpolizeiliche Genehmigung, gegen die sich die Beschw. richtet, keine mit den Rechtsmitteln der Beschw. und nachfolgender Klage anfechtbare „PolVfg.". Die gegenteilige Ansicht des Bekl. stützt sich auf das Erläuterungswerk zum WassG. von Holtz-Kreutz-Schlegelberger, wo in Bd. I, 3. und 4. Aufl., Anm. 3 zu § 99 allerdings die Meinung vertreten wird, daß eine polizeiliche Genehmigung oder Erlaubnis zwar grundsätzlich nicht eine PolVfg. darstelle, jedoch ausnahmsweise als solche zu gelten habe, wenn durch ihre Erteilung, wie bei der Genehmigung nach § 99 a. a. O., in die Rechte anderer eingegriffen werde. Dabei ist aber zu beachten, daß diese Äußerung sich bezieht auf die Zeit, als noch die Best. des 4. bis 6. Titels PrLVG. v. 30. Juli 1883 galten, also als der Begriff der PolVfg. zwar schon in der Rspr. und im Schrifttum seine Ausgestaltung erhalten hatte, aber noch nicht gesetzlich festgelegt worden war. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Ansicht nach der damaligen Rechtslage beizupflichten wäre. Seit Inkrafttreten des PolVerwG. v. 1. Juni 1931, unter dessen Herrschaft im vorl. Falle die wasserpolizeiliche Genehmigung erteilt worden ist, können jedenfalls für den Begriff der PolVfg. lediglich die Vorschr. dieses Gesetzes als maßgebend in Betracht kommen. Nach dessen § 40 sind nun PolVfg. Anordnungen der Polizeibehörden, die an bestimmte Personen oder einen bestimmten Personenkreis ergehen und ein Gebot oder Verbot oder

die Versagung, Einschränkung oder Zurücknahme einer rechtlich vorgesehenen polizeilichen Erlaubnis Bescheinigung enthalten. Die Erteilung einer polizeilichen Erlaubnis oder Genehmigung fällt hiernach nicht unter den Begriff der PolVfg. Eine Ausdehnung dieses Begriffs über den gesetzlichen Rahmen hinaus ist nicht zulässig, zumal da aus den Gesetzesmaterialien sich ergibt, daß bei der Beratung des Gesetzes im Landtagsausschuß ausdrücklich abgelehnt worden ist, den Begriff der PolVfg. auch auf die Erteilung einer polizeilichen Erlaubnis auszudehnen (vgl. Protokolle des Landtagsausschusses S. 76). Die Vorschr. des WassG. gewähren andererseits keinen Anhalt dafür, daß etwa für die in diesem Gesetze behandelten wasserpolizeilichen Genehmigungen überhaupt oder für die Genehmigung aus § 99 im besonderen eine von den Best. des PolVerwG. abweichende Beurteilung Platz zu greifen hätte. Die Beschw. des der Staubeseitigung Widersprechenden kann hiernach nur als Aufsichtsbeschwerde i. S. des § 50 Abs. 3 LVG. gelten, und der auf sie ergangene Bescheid des Bekl. kann auch nur als eine auf dieser Vorschr. beruhende Entsch. der Aufsichtsbehörde angesehen werden, gegen die gleichfalls kein ordentliches Rechtsmittel, sondern auch nur die fristlose weitere Aufsichtsbeschwerde an den RegPräs. gegeben war.

Für die Anwendung des § 49 PolVerwG. fehlt es hiernach an der erforderlichen gesetzlichen Voraussetzung. Die Zulässigkeit der Klage läßt sich auch nicht entsprechend den Ausführungen der Kl. damit begründen, daß in dem die wasserpolizeiliche Genehmigung aufhebenden Bescheid des Bekl. eine Versagung der beantragten Genehmigung und damit zugleich eine mit den Rechtsbehelfen des PolVerwG. anfechtbare PolVfg. liege. Selbst wenn man der letztgenannten Annahme beipflichten wollte, so würde der Erhebung der Klage nach den §§ 45, 48 und 49 a. a. O. der Erlaß eines Beschwerdebescheides vorausgegangen sein müssen, an dem es bisher jedoch fehlt. In Wirklichkeit ist aber der Bekl. bei Erlaß seines Besch. nicht als Wasserpolizeibehörde, sondern lediglich als Aufsichtsbehörde über die Wasserpolizeibehörde tätig gewesen. Als Wasserpolizeibehörde, die nach § 99 WassG. allein zur Entsch. über einen Antrag auf Genehmigung der Beseitigung einer Stauanlage berufen ist, kam der Landrat im vorl. Falle nicht in Betracht. Wasserpolizeibehörde ist vielmehr, da das Fließ, in dem sich die städtische Stauanlage befindet, nach den angestellten Ermittelungen ein Wasserlauf dritter Ordnung ist, gem. § 342 WassG. die Ortspolizeibehörde, also an sich der Bürgermeister in F. als Inhaber der örtlichen Polizeigewalt, wobei als für die Entsch. unerheblich dahingestellt bleiben kann, ob nicht im vorl. Falle der Bürgermeister als persönlich beteiligt an der Wahrnehmung seines Amtes als Wasserpolizeibehörde verhindert war (vgl. OVG. 54, 345) und statt seiner eine andere Ortspolizeibehörde im Aufsichtswege zur Erledigung des Genehmigungsgesuchs der Stadtgemeinde zu bestimmen gewesen wäre. Jedenfalls war der Landrat nicht Wasserpolizeibehörde und sein mit der Kl. angefochtener Bescheid kann nicht als PolVfg., sondern, wie vorstehend ausgeführt, lediglich als ein im Aufsichtswege erlassener Beschwerdebescheid angesehen werden.

Die Kl. mußte hiernach wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsstreitverfahrens abgewiesen werden. Deshalb konnte auf den sachlichen Streit der Parteien darüber, ob die Kl. Anspruch auf Erteilung der von ihr nachgesuchten wasserpolizeilichen Genehmigung hat, nicht eingegangen werden. Darüber hat zunächst im Aufsichtswege der RegPräs. auf die bei ihm zugleich mit der Klagerhebung eingelegte Beschw. der Kl. zu befinden.

(PrOVG., 5. Sen., Urt. v. 29. Nov. 1934, V C 32/34.)

Badischer Verwaltungsgerichtshof

123. §§ 35 Abs. 1 Ziff. 3, 57 Ziff. 4c BadGGStG. v. 3. Mai 1932; § 5 VollzVO. hierzu v. 2. Juni 1932. Begriff „Gemeinnützigkeit", „Mildtätigkeit" und „Jugendpflege" bei Steuerbefreiung.

1. Nach § 35 Abs. 1 Ziff. 3 GGStG. sind von der Staatssteuer befreit u. a. die die gemeinnützigen oder mildtätigen Zwecken unmittelbar dienenden Gebäude der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen oder des bürgerlichen Rechts. Nach Satz 2 daselbst bestimmen sich die Voraussetzungen, unter denen ein Zweck als gemeinnützig oder mildtätig i. S. dieser Vorschr. anzusehen ist, nach den zur Durchführung des KörpStG. und des VermStG. erlassenen Best. Als hiernach anwendbar sind in § 5 VollzVO. z. GGStG. v. 2. Juni 1932 die §§ 5—12 der VO. des RFM. zur Durchführung des KörpStG. v. 17. Mai 1926 (abgekürzt: DurchfBest. z. KörpStG.) und die §§ 46 bis 50 der DurchfBest. des RFM. zum RBewG. und zum VermStG. für die Einheitsbewertung und Vermögensteuerveranlagung nach dem Stande v. 1. Jan. 1931 v. 22. Mai 1931 (abgekürzt: RBewVermStDurchfBest. 1931) bezeichnet. Nach den in diesen Best. inhaltlich übereinstimmend aufgestellten Merkmalen wird für den Begriff der „Gemeinnützigkeit" erfordert, daß die Erfüllung solcher Zwecke die Allgemeinheit unmittelbar fördert, wobei die Förderung der Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet liegen kann; sie kann sich u. a. erstrecken auf die Förderung der Wissenschaft, der Erziehung, der Berufsbildung, der Jugendpflege und Jugendfürsorge. Gemeinnützigkeit liegt nicht vor, wenn eine Tätigkeit nur den Interessen bestimmter Personen oder eines engeren Kreises von Personen dient oder in erster Linie Erwerbs- oder sonstige eigenwirtschaftliche Zwecke verfolgt. Allgemeinheit können aber auch Personenkreise sein, die örtlich, beruflich, nach Stand, Religionsbekenntnis oder nach mehreren dieser Merkmale abgegrenzt sind. Dagegen ist ein Personenkreis nicht als Allgemeinheit anerkannt, wenn er durch ein engeres Band, wie Zugehörigkeit zu einer Familie, zu einem Familienverband oder zu einem Verein mit geschlossener Mitgliederzahl u. dgl. fest abgeschlossen ist oder wenn infolge seiner Abgrenzung die Zahl der durch die Förderung betroffenen Personen nach einem oder mehreren der für den Begriff der Allgemeinheit aufgestellten Merkmale dauernd überhaupt nur eine kleine sein kann.

Bei der Feststellung des von dem Kl. als juristische Person des bürgerlichen Rechts (vgl. § 21 BGB.) nach der Satzung und tatsächlich verfolgten Zwecks kommt es für den Begriff der Allgemeinheit nicht auf den in dem „e. V. Theol. Studienhaus H." zusammengeschlossenen Personenkreis, welcher Träger des Unternehmens ist und die Mittel für den Zweck des Vereins bereitstellt, an, sondern auf den Personenkreis, welcher durch diese Mittel in Auswirkung des satzungsgemäßen Zweckes des e. V. tatsächlich gefördert wird. Die Tatsache, daß das Unternehmen des Kl. sich auf die Betreuung von Studenten einer bestimmten Universitätsstadt und eines bestimmten Religionsbekenntnisses beschränkt, steht der Anerkennung der Gemeinnützigkeit nicht entgegen (vgl. RFH. 34, 202 ff.). Streitig ist hinsichtlich der Staatssteuer nur die Bemessung des unter diesen Begriff fallenden Teilsteuerwerts des den gemeinnützigen Zwecken des e. V. dienenden Anwesens, dessen Ausscheiden aus dem steuerpflichtigen Wert in § 37 Abs. 2 GGStG. zugelassen ist, da eine gemischte Benutzungsart i. S. dieser Vorschr. vorliegt.

Festgestellt ist, daß das Gebäude des Theol. Studienhauses insofern verschiedenen Zwecken dient, als das 3. Stockwerk den gemeinnützigen satzungsgemäßen Zwecken nicht unmittelbar dient, weil es anderweit vermietet ist und erst der erzielte Mietzins für diese Zwecke verwendet wird, sodann, daß in die Räume des 1. und 2. Stockes, welche der Aufnahme der Theologiestudierenden dienen, in den Ferien, somit zeitweise, auch dritte Personen (sog. Feriengäste) gegen Entgelt aufgenommen werden. Die aus der Vermietung des 3. Stockwerkes erzielte Bruttomiete reicht nicht einmal aus, um daraus die öffentlichen Abgaben und die Aufwendungen für die Instandhaltung des Hauses zu decken, und die Einnahmen aus der Aufnahme von Feriengästen sind nur geringfügig im Verhältnis zu den Gesamteinnahmen, so daß sie im Gesamthaushalt nur eine untergeordnete Rolle spielen; sie können daher gegenüber der Gesamtleistung des Kl. für die gemeinnützigen Zwecke des Anwesens unbedenklich als nur wenig ins Gewicht fallend angesehen werden.

Die Räume des Dachstockes und des Kellers dienen als Nebenräume in erster Linie den gemeinnützigen Zwecken, und der Anteil, welcher ihrer Benützung auch für die Zwecke der Beherbergung der Feriengäste zukommt, ist als nicht meßbar bei der Frage der gemischten Benutzung außer Betracht zu lassen. Dasselbe gilt für den Garten, dessen Benützung nach Lage der Verhältnisse nur für die ständigen Insassen des Hauses in Frage steht.

Geht man von den hiernach festgestellten verschiedenen Nutzungen des Anwesens aus, so ist jedenfalls das 3. Stockwerk als nicht unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dienend als steuerpflichtig zu behandeln. In freier Schätzung nimmt der Gerichtshof den hierauf entfallenden Teilsteuerwert nach den auch in anderen Fällen angewandten Maßstäben mit einem Viertel des Gesamtsteuerwerts an. Mit Rücksicht jedoch darauf, daß das Gebäude auch durch die Aufnahme von zahlenden Feriengästen zeitweise, wenn auch nur in geringfügigem Maße, unmittelbar eigenwirtschaftlichen Zwecken dient, erschien eine gewisse Erhöhung dieses steuerpflichtigen Wertanteils angemessen.

2. Die Klage ist hinsichtlich der Befreiung von der Staatssteuer auch auf das Merkmal des „mildtätigen" Zweckes gestützt. Auch dieser Begriff richtet sich nach den im § 35 Abs. 1 Ziff. 3 Satz 2 GGStG. angeführten, oben wiedergegebenen DurchfBest. Hiernach sind mildtätige Zwecke solche, die darauf gerichtet sind, bedürftige Volksgenossen zu unterstützen, d. h. solche Personen, die infolge ihrer körperlichen oder geistigen Beschaffenheit oder ihrer wirtschaftlichen Lage der Hilfe bedürfen. Der Gerichtshof läßt es dahingestellt, ob die Leistungen des klagenden Vereins auch den Voraussetzungen des Begriffes der „Mildtätigkeit" entsprechen, da sich die Anwendbarkeit der Befreiungsvorschr. des § 35 Abs. 1 Ziff. 3 GGStG. für die Staatssteuer schon allein aus der Erfüllung des Begriffs der „Gemeinnützigkeit" ergibt.

3. Die beantragte Befreiung von der Gemeinde- und Kreissteuer hat der Kl. auf den Begriff der „Jugendpflege" i. S. des § 57 Ziff. 4c GGStG. gestützt, da die Befreiung des Kl. unter dem Gesichtspunkt der „Gemeinnützigkeit" oder „Mildtätigkeit" nach ausdrücklicher Gesetzesvorschr. (§ 57 Ziff. 4 Satz 1 GGStG.) nur für die Staatssteuer in Betracht kommt. Der Begriff der „Jugendpflege" wurde erstmals in das GGStG. 1926 aufgenommen und in dem GGStG. von 1932 beibehalten. Weder das Gesetz noch die VollzVO. vom 2. Juni 1932 enthält eine nähere Darlegung dieses Begriffes. Er wird vom Gesetz somit als bekannt vorausgesetzt.

Bei Auslegung dieses Begriffes ist man daher auf die Anwendung dieses Begriffes in anderen Gesetzen oder gesetzesgleichen Best. angewiesen. So sind z. B. in den Best. des Reichsrats über die Vergnügungssteuer v. 12. Juni 1926 in Art. II § 2 Ziff. 3 (Steuerordnung für die Gemeinden) Veranstaltungen, die der „Jugendpflege" dienen, mit näheren Einschränkungen von der Vergnügungssteuer befreit. Nach dem hierzu ergangenen Rundschreiben des RMdJ. an die Landesregierungen v. 29. Jan. 1925 sind unter „Jugendpflege" alle Bestrebungen zu verstehen, die der körperlichen, geistigen, sittlichen, religiösen oder künstlerischen Hebung Minderjähriger dienen. Die Bezugnahme auf die Minderjährigkeit hinsichtlich der als jugendlich anzusehenden Personen steht in Übereinstimmung mit der gleichen Altersbegrenzung im RJugWohlfG. v. 9. Juli 1922 (§§ 56, 62 ff.), während im JGG. v. 16. Febr. 1923 der Begriff des „Jugendlichen" für die besonderen Strafrechtszwecke dieses Gesetzes noch weiter auf das Alter von 14—18 Jahren eingeschränkt ist. Im vorl. Falle handelt es sich bei dem für die Tätigkeit des Kl. in Betracht kommenden Personenkreise um Studierende der evangelischen Theologie, welche nach ihrem Alter zu einem erheblichen Teil nicht zu den Minderjährigen zu zählen sind. Es fehlt somit für die Anwendung der Befreiungsvorschr. des § 57 Ziff. 4c GGStG. nach dem tatsächlich in Betracht kommenden Kreis der Anstaltsinsassen an dem Erfordernis des jugendlichen Alters, das mit dem Begriffe der „Jugendpflege" regelmäßig verbunden ist. Die Voraussetzung für eine anteilmäßige Befreiung des klägerischen Anwesens von der Gemeinde- und Kreissteuerpflicht unter dem Gesichtspunkt der Jugendpflege ist daher zu verneinen.

(BadVGH., Urt. v. 20. Dez. 1934, 126/34.)

Ber. von OVGR. Dr. Klotz, Karlsruhe.

*

124. § 20 Abs. 2 VerfO.; § 113 Ziff. 4 BadBeamtG.

1. Ist in dem Dienststrafverfahren der beteiligte Beamte zur mündlichen Verhandlung vor der Staatsaufsichtsbehörde nicht unter der Verwarnung geladen worden, daß beim Ausbleiben nach Lage der Verhandlungen werde entschieden werden, so muß das Erkenntnis der Staatsaufsichtsbehörde aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die Staatsaufsichtsbehörde zurückverwiesen werden.

2. Die gleiche Folge tritt ein, wenn der ohne jene Verwarnung geladene Beamte im Vorraum des Verhandlungsraums, nicht aber im Verhandlungsraum selbst erschienen war, weil er in entschuldbarer Weise angenommen hatte, die Sache werde im Vorraum aufgerufen werden.

1. Der DiszH. hat in seiner in BadVerwZ. 1931, 152 ff. veröffentlichten Entsch. ausgesprochen, daß zu den für das Verfahren vor dem VGH. als DiszH. für Gemeinde- und Körperschaftsbeamte anzuwendenden Vorschr. des BeamtG. auch die Best. des § 113 BeamtG. gehören, und daß beim Vorliegen einer der Voraussetzungen des § 113 die Aufhebung des angef. Erkenntnisses und die Verweisung der Sache an die Staatsaufsichtsbehörde zur nochmaligen Verhandlung und Entsch. durch Beschluß des mit 4 Mitgliedern des VGH. und 3 vom MdJ. ernannten Mitgliedern besetzten DiszH. ohne vorherige mündliche Verhandlung zu erfolgen hat.

2. Nach § 113 Ziff. 4 BeamtG. hebt der DiszH. die Entsch. des ersten Rechtszugs — der Staatsaufsichtsbehörde — auf, wenn die Hauptverhandlung — die mündliche Verhandlung vor der Staatsaufsichtsbehörde — in Abwesenheit des Anklagevertreters oder einer Person stattgefunden hat, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt. Für das Verfahren vor dem Bezirksrat waren in erster Linie die Vorschriften des Verwaltungsgesetzes und der Verfahrensordnung vom 31. Aug. 1884 (VerfO.) maßgebend (BadVerwZ. a. a. O.). Nach § 20 Abs. 2 VerfO. werden die Beteiligten zur mündlichen Verhandlung vor dem Bezirksrat unter der Verwarnung geladen, daß beim Ausbleiben nach Lage der Verhandlungen werde entschieden werden. Die Beachtung dieser den Anspruch der Beteiligten auf rechtliches Gehör sichernden Vorschr. ist die wesentliche Voraussetzung für die Zulässigkeit des Abwesenheitsverfahrens. Fehlt es an einer ordnungsmäßigen Ladung, insbes. an dem Hinweis auf die Folge des Ausbleibens in der Ladungsverfügung, so ist eine Verhandlung vor dem Bezirksrat nur zulässig, wenn der Beteiligte in der Verhandlung vor dem Bezirksrat trotzdem erschienen, zu dieser Verhandlung zugezogen war. Liegt der erwähnte Mangel der Ladung vor, so gehört daher, wenn die Verhandlung stattfinden soll, der Beteiligte zu den Personen, deren Anwesenheit das Gesetz — die hier als solches in Betracht kommende VerfO. — vorschreibt. Schon hiernach war, da die Ladung des Kl. den erwähnten Mangel aufwies, die Voraussetzung des § 113 Ziff. 4 BeamtG. für die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses und die Zurückverweisung der Sache an den Bezirksrat gegeben.

3. Die Voraussetzung des § 113 Ziff. 4 BeamtG. ist aber auch auf Grund anderer Erwägungen gegeben. § 20 Abs. 2 VerfO. wie auch der Abs. 1 das. soll den Anspruch des Beteiligten auf rechtliches Gehör sichern. Die Vorschr. ist von besonderer Bedeutung für das Dienststrafverfahren, für das sie die Möglichkeit der Verteidigung des Beamten vor der Dienststrafbehörde — der Staatsaufsichtsbehörde — gewährleisten soll. Erscheint der Beamte zur mündlichen Verhandlung vor der Staatsaufsichtsbehörde, so muß er zu der Verhandlung zugezogen werden, auch dann gehört er i. S. des § 113 Ziff. 4 BeamtG. zu den Personen, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt; das Unterlassen seiner Zuziehung zu der Verhandlung erfüllt die Voraussetzung des § 113 Ziff. 4 a. a. O. Wenn man dem Sinn und Zweck der Vorschr. des § 20 Abs. 2 VerfO. und des § 113 Ziff. 4 BeamtG. gerecht werden will, so muß aber dem Unterlassen der Zuziehung des vor der Staatsaufsichtsbehörde erschienenen Beamten der Fall gleichgesetzt werden, daß der in Befolgung der Ladung zur angegebenen Zeit im Verhandlungsgebäude anwesende Beamte in entschuldbarer Weise angenommen hat, es werde in dem Vorraum, in dem er sich aufhielt, der Beginn der ihn betreffenden, in dem eigentlichen Verhandlungsraum der Staatsaufsichtsbehörde stattfindenden Verhandlung bekanntgegeben werden, und daß wegen des Unterlassens einer solchen Bekanntgabe der Beamte im eigentlichen Verhandlungsraum nicht rechtzeitig erschienen ist. Nach der dienstlichen Äußerung des Vorsitzenden des Bezirksrats besteht zwar bei dem Bezirksrat die auch im vorl. Fall befolgte Übung, daß die vor dem Bezirksrat zu verhandelnden Sachen nur von dem Vorsitzenden und nur im Sitzungssaal aufgerufen werden. Hierin kann in der Dienststrafsache des Kl. eine ausreichende Bekanntgabe des Verhandlungsbeginns aber nicht erblickt werden. Vor der Dienststrafsache wurden nach den weiteren Ausführungen des Bezirksratsvorsitzenden andere Verwaltungssachen von dem Bezirksrat behandelt. Der Umstand, daß die an diesen Verwaltungssachen beteiligten Personen, um dem Bezirksrat die geheime Beratung zu ermöglichen, den Sitzungssaal verlassen mußten und nach Beendigung der geheimen Beratung wieder in den Sitzungssaal gerufen wurden, konnte, selbst wenn das Zurückrufen die volle Wiederherstellung der Öffentlichkeit der Sitzung bedeuten sollte, sehr wohl in dem Kl. die Annahme begründen, es werde der Beginn der Verhandlung seiner Dienststrafsache in dem Vorraum bekanntgegeben und er vor den Bezirksrat gerufen werden. Sollte ein Aufruf in dem Vorraum unterbleiben, so mußte bei der gegebenen Sachlage besondere Vorkehr dagegen getroffen werden, daß der Kl. zu jener Annahme keinen begründeten Anlaß hatte. Der DiszH. hielt daher den oben erörterten, dem Unterlassen der Zuziehung zur mündlichen Verhandlung gleichzusetzenden Fall hier für gegeben. Zu diesem Ergebnis mußte der DiszH. um so mehr gelangen, als die Ladungsverfügung den Kl. auf die Zulässigkeit der Verhandlung in seiner Abwesenheit nicht hingewiesen hatte, er darum sehr wohl von der Auffassung ausgehen mochte, es könne in seiner Abwesenheit nicht verhandelt werden.

Liegt eine der in § 113 BeamtG. aufgestellten Voraussetzungen vor, so muß der DiszH. das angef. Erkenntnis aufheben und die Sache zurückverweisen; in sein Ermessen ist in diesem Fall, anders als in dem Fall des § 114 a. a. O., die Aufhebung und Zurückverweisung nicht gestellt; es war daher, wie geschehen, zu beschließen.

(BadVGH. als DiszH., Beschl. v. 26. März 1935, 173/34.)

Ber. von OVGR. Dr. Klotz, Karlsruhe.

*

125. § 7 BadVersG. für Gemeinde- und Körperschaftsbeamte v. 7. Mai 1929. Erhaltung der Anwartschaft durch Anerkennungsgebühr. Auslegung der Worte „durch schuldhaftes Verhalten gezwungen zum Ausscheiden aus dem Dienst" im Falle einer Nichtwiederwahl des Bürgermeisters. Ein solcher Grund des Verschuldens ist erforderlich, der im Dienststrafverfahren zur Dienstentlassung geführt hätte.

I. Nach § 7 Abs. 1 VersicherungsG. für Gemeinde- u. Körperschaftsbeamte v. 7. Mai 1929 (VersG.) kann ein aus dem Dienste ausscheidendes Mitglied der VersAnst. auf der Grundlage des bisherigen Dienstverhältnisses und des zuletzt bezogenen Diensteinkommens die Mitgliedschaft fortsetzen, wenn es mindestens fünf Jahre Mitglied war und beim Ausscheiden nicht dienstunfähig ist. Dieses Recht entsteht nicht, wenn das Mitglied durch schuldhaftes Verhalten gezwungen war, aus dem Dienst auszuscheiden. Nach Abs. 3 a. a. O. erlischt die Berechtigung

zur Fortsetzung der Mitgliedschaft, wenn die schriftliche (s. Abs. 2) Anzeige nicht binnen sechs Monaten nach Wegfall der Voraussetzungen der Mitgliedschaft bei der VersAnst. erstattet wird.

Nach Abs. 5 a. a. O. kann durch Satzung zugelassen werden, daß die Fortsetzung der Mitgliedschaft auf der Grundlage eines Teilbetrags des zuletzt bezogenen Diensteinkommens erfolgt, oder daß an Stelle der freiwilligen Fortsetzung der Mitgliedschaft die Erhaltung der bisher erworbenen Anwartschaft auf Ruhegehalt und auf Hinterbliebenenversorgung durch Zahlung einer jährlichen Anerkennungsgebühr tritt.

Nach § 1 der Satzung der VersAnst. v. 12. Juli 1929 kann an Stelle der freiwilligen Fortsetzung der Mitgliedschaft nach einer anrechnungsfähigen Mitgliedszeit von zehn Jahren zur Erhaltung der bisher erworbenen Anwartschaft auf Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung eine jährliche Anerkennungsgebühr entrichtet werden. Anstatt zehn Jahre genügen neun Jahre, wenn sie von dem Mitglied in der Eigenschaft als Bürgermeister zurückgelegt sind.

Die in diesen Best. aufgestellten Erfordernisse sind bei dem Kl. unstreitig insoweit gegeben, als seine Mitgliedschaft bei der VersAnst. als Pflichtmitglied durch Ausscheiden aus dem Dienst des Bürgermeisters durch Nichtwiederwahl erloschen ist und er die Bedingung einer zurückgelegten Dienstzeit von anrechnungsfähigen neun Jahren in der Eigenschaft als Bürgermeister erfüllt hat. Streit herrscht dagegen darüber, ob die an Stelle der freiwilligen Fortsetzung der Mitgliedschaft tretende Erhaltung der bisher erworbenen Anwartschaft auf Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung durch Zahlung einer jährlichen Anerkennungsgebühr deshalb ausgeschlossen sei, weil der Kl. durch schuldhaftes Verhalten gezwungen war, aus dem Dienst auszuscheiden.

II. Mit den Worten „durch schuldhaftes Verhalten gezwungen war, aus dem Dienste auszuscheiden", wird nach dem Gesetz ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem als Verschulden zu charakterisierenden eigenen Verhalten des Mitglieds und dem Ausscheiden erfordert. Bei einem Ausscheiden infolge Nichtwiederwahl des als Kandidat auftretenden Bürgermeisters scheint ein solcher ursächlicher Zusammenhang zunächst überhaupt zu fehlen, weil die Nichtwiederwahl als ein selbständiges, von dem Verhalten des Bürgermeisters völlig losgelöstes ursächliches Ereignis für das Ausscheiden anzusehen wäre. Diese rein äußerliche Betrachtung lehnt der Gerichtshof ab und läßt auch im Falle des Ausscheidens durch Nichtwiederwahl die im Verhalten des Ausscheidenden liegenden Gründe als ausschließliche oder doch neben anderen Gründen als mitwirkende Ursachen im Sinne des Gesetzes gelten. An sich ist daher auch im Falle der Nichtwiederwahl grundsätzlich die Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Verhalten und Ausscheiden zu bejahen. Für die vorliegende rechtliche Betrachtung ist aber dieser ursächliche Zusammenhang dahin einzuschränken, daß — wie in bürgerrechtlichen Haftungsfällen — nach dem VersG. nur ein schuldhaftes Verhalten als ursächliche Bedingung in Frage kommen kann. Deshalb wird man in dem Fall, daß ein Bürgermeister ausschließlich aus Gründen der i. J. 1933 allenthalben vorgenommenen politischen Gleichschaltung aus seinem Amte geschieden ist, nach den anerkannten Regeln des Dienststrafrechts über schuldhaftes Verhalten nicht von einem verschuldeten Ausscheiden mit den an ein solches geknüpften rechtlichen Folgen sprechen können. Haben dagegen im Falle der Nichtwiederwahl sowohl Gründe der politischen Gleichschaltung wie solche schuldhaften Charakters, die in dem Verhalten des Nichtwiedergewählten liegen, zu dem Ergebnis des Ausscheidens mitgewirkt, so sind die Gründe schuldhaften Charakters für sich als ursächlich wirkend zu beurteilen, da der Ursachenbegriff im Rechtssinne nicht erfordert, daß der schuldhaft Handelnde alle Bedingungen zu dem eingetretenen Erfolg gesetzt hat, daß es vielmehr genügt, daß der schuldhaft Handelnde überhaupt eine Bedingung als Ursache gesetzt hat, und daß die durch Mitwirkung anderer Ereignisse eingetretene Folge nicht in einem so losen oder entfernten Zusammenhange mit dem als Ursache in Anspruch genommenen Handeln stehen darf, daß dieser Zusammenhang nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht mehr in Betracht gezogen werden kann. In diesem Sinne spricht man in der Rechtslehre von dem sog. „adäquaten" Ursachenbegriff (vgl. Planck, BGB., Bd. II 1 S. 71 ff.; Bd. II 2 S. 1721; RGRKomm. z. BGB. Vormerk. 3 unter Ziff. 3 zu § 249 S. 409 und Vormerk. 5a zum Abschnitt „Unerlaubte Handlungen" S. 597).

III. Wendet man diesen für das Rechtsleben maßgeblichen Ursachenbegriff auf den vorl. Fall. an und ergibt sich, daß das Verhalten des Kl. bei seinem Ausscheiden, das nach Ablauf der Amtsperiode endgültig infolge des Ausgangs der Neuwahl, zu der er sich selbst als Kandidat gestellt hatte, eingetreten ist, ursächlich mitgewirkt hat, so hängt die Entsch., falls ein Verschulden des Kl. anzunehmen ist, weiter von der Beantwortung der Frage ab, ob ein bestimmter Grad des Verschuldens als Voraussetzung für die Versagung der Erhaltung der Anwartschaft zu verlangen ist oder ob jegliches Verschulden, gleichviel welchen Grades, also auch ein solches Verschulden genügt, das im Falle der Feststellung im geordneten Dienststrafverfahren nur mit einer Ordnungsstrafe zu ahnden wäre, oder ob ein Verschulden zu verlangen ist, das unzweifelhaft zur Strafe der Dienstentlassung geführt hätte. Bei der Beantwortung dieser Frage kann die mit der Versagung der Erhaltung der Anwartschaft verbundene Wirkung nicht außer acht gelassen werden. Die Versagung hat zur Folge, daß der Betroffene seine Anwartschaft auf künftigen Ruhegehalt und auf Hinterbliebenenversorgung verliert, so daß bei Eintritt der Dienstunfähigkeit oder des Todes die daraus entspringenden Ansprüche überhaupt nicht zur Entstehung gelangen können. Diese Wirkungen treten im dienststrafrechtlichen Verfahren nur im Falle des Ausspruchs der strengsten Strafe der Dienstentlassung ein, wobei die Wirkung des Verlustes der bezeichneten Ansprüche noch durch eine zeitlich begrenzte oder lebenslängliche Gewährung eines Unterstützungsgehalts gemildert werden kann (vgl. § 74 Abs. 2 BadBeamtG.). Wenn auch davon auszugehen ist, daß die Möglichkeit dieser Milderung an dem rechtlichen Erlöschen jeder Beziehung des entlassenen Beamten zu der Anstellungskörperschaft nichts ändert und daß mit diesem Erlöschen die Belassung des Rechts der freiwilligen Fortsetzung einer auf dem früheren Dienstverhältnis beruhenden Versicherung — zum mindesten der Pflichtversicherung — grundsätzlich nicht zu vereinbaren wäre, so kann das VersG. doch wohl nicht gewollt haben, daß beim Fehlen der Voraussetzungen für die Strafe der Dienstentlassung auch ein sonstiger Grad des Verschuldens ausreichend sei, um die Versagung der Erhaltung der Anwartschaft mit den erwähnten Folgen zu rechtfertigen. Ein Anhaltspunkt dafür, daß nur ein solches, die letztere Wirkung im Dienststrafrecht nach sich führendes Verhalten als Maßstab für die Auslegung des Begriffes des Verschuldens i. S. des § 7 Abs. 1 Satz 2 VersG. maßgebend sein kann, ergibt sich daraus, daß bei den Erörterungen des LT. bei Erlassung des VersG. die Best. des § 7 (Entw. § 5) in unmittelbare Beziehung zu den dienststrafrechtlichen Best. des BG. gebracht wurde. In dieser Beziehung ist bemerkenswert, daß der LTAusschuß bei der Beratung des Gesetzentwurfs (vgl. Drucks. Nr. 29 v. 31. Juli 1924 S. 5) ein eigenes Verschulden des ausgeschiedenen Mitglieds zwar nicht nur dann angenommen hat, wenn die Dienstentlassung auf Grund eines Disziplinarverfahrens erfolgte, vielmehr auch den Fall gleichgestellt hat, daß die Dienstentlassung auch wegen eines disziplinären oder strafrechtlichen Verstoßes ohne Disziplinarentscheidung erfolgt sei. Jedenfalls wird unzweideutig auf ein die Dienstentlassung rechtfertigendes Verhalten abgehoben. Wenn im übrigen (vgl. Komm. z. VersG. von Grampp in Anm. 4 zu § 7 S. 112 und in Anm. 11b zu § 14 S. 152) die Ansicht vertreten wird, daß ein Verschulden im Sinne dieser Best. stets auch dann vorliege, wenn das Dienstausscheiden z. B. wegen Unbrauchbarkeit oder aus einem anderen Anlaß freiwillig unter dem Druck der Verhältnisse erfolgt ist, so kann der Gerichtshof einer derart weitgehenden Auslegung des Begriffes des Verschuldens i. S. des § 7 Abs. 1 Satz 2 VersG. nicht folgen. Im Hinblick auf die rechtliche Wirkung des Verschuldens kann vielmehr als Wille des Gesetzes nur ein solches Verschulden angesehen werden, welches auch im Dienststrafrecht als ein mit der Wirkung der Dienstentlassung verbundenes schuldhaftes Verhalten zu gelten hätte.

(BadVerwGerH., Entsch. v. 15. Jan. 1935, 24/34.)

Ber. von OVGR. Dr. Klotz, Karlsruhe.

Berichtigungen

JW. 1935, 1624 rechte Spalte 2. Absatz vorletzte Zeile muß statt „und den 275,25 *RM*" gesetzt werden „von den 275,25 *RM*".

JW. 1935, 1626 rechte Spalte Zeile 25 von unten ist statt „§ 400 ZPO." zu setzen „§ 400 BGB.".

JW. 1935, 1683 rechte Spalte Zeile 7 von unten ist hinter dem Wort „diese" einzufügen „Vorschrift".

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — Durchschnittsaufl. 2. Vj. 35: 21235.